مشروع

تقنين الشريعة الإسلامية

على مذهب

الإمام الأعظم أبي حنيفة (رضي الله عنه)

إعداد

اللجنة التحضيرية لتقنين الشريعة الإسلامية

بإشراف

مجمع البحوث الإسلامية

الطبعة التمهيدية

١٣٩٢ هـ - ١٩٧٢ م

مشـــروع

تقنين الشريعة الإسلاميّة

على مذهب

الإمام الأعظم أبى حنيفة (رضى الله عنه)

إعــداد

اللجنة التحضيرية لتقنين الشريعة الإسلامية

بإشراف

مجمع البحوث الإسلامية

الطبعة التمهيدية

١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م

١٣٩٦ هـ - ١٩٧٦ م

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الأمانة العامة لمجمع البحوث الإسلامية

بقلم
فضيلة الدكتور محمد عبد الرحمن بيصار
الأمين العام للمجمع

يسر الأمانة العامة لمجمع البحوث الاسلامية أن تقدم هذه الطبعة التمهيدية من مشروع تقنين الشريعة الاسلامية على مذهب الامام الأعظم أبى حنيفة (رضى الله عنه)

ومجمع البحوث الاسلامية اذ يقدم هذه الطبعة كخطوة على الطريق فى سبيل الوصول الى ابراز الشريعة الاسلامية فى صورتها الأصيلة ، سهلة التناول ، صالحة للتطبيق فى هذا العصر ، يجد فيها المسئولون عن التشريع والقضاء فى البلاد الاسلامية المختلفة غنية عن اللجوء الى التشريعات والقوانين الوضعية ، وهم بصدد ارساء دعائم مجتمعهم ، على أسس من الحق والأصالة والعقيدة الصحيحة ...

يود أن يعرب عن تقديره لما تنطوى عليه هذه المهمة من دقة وجلال ، سواء من الناحية العلمية البحتة ، أو من الجانب الاجتماعى والتاريخى الذى تمر به الشعوب الاسلامية فى هذا العصر ...

لذلك فانه اذ يقدم هذه الطبعة التمهيدية كمشروع تحضيرى ، يؤكد أن الذين قاموا باعدادها هم نخبة من كبار علماء الشريعة

الاسلامية بالأزهر ، وكبار رجال القانون ، ذوى الحرص الشديد على أن تأخذ الشريعة الاسلامية مكانتها الجديرة بها فى حياتنا التشريعية والقانونية ،وأنهم قد بذلوا من الجهد ـ ومايزالون يبذلون ـ الكثير المحمود ، من أجل الخروج بهذا المشروع الى حياتنا العامة ، ليكون دليلا عمليا على صلاحية الشريعة الاسلامية للتطبيق فى كل زمان ومكان ، ووثيقة يستعين بها المشرعون والمسئولون فى البلاد الاسلامية على تنفيذ ما جاء فى دساتيرهم من أن تكون الشريعة الاسلامية مصدراً رئيسياً للقانون •

كما يؤكد أن البحث مايزال جاريا للوصول بهذا المشروع الى درجة الكمال أو مايقرب منه ، ولذا فان المجمع يتقبل بكل ترحيب مايبديه المتخصصون من اسهام بالرأى ، على أية صورة من صور هذا الاسهام ، وأن ذلك كله سوف يكون موضع الدرس المستفيض والبحث الدقيق ، والعناية الكاملة من أعضاء اللجنة العامة لتقنين الشريعة الاسلامية ، التى تقرر تأليفها من بين أعضاء مجمع البحوث الاسلامية ، ومن ينضم اليهم ، ممن ترى الاستعانة بخبرتهم •

ولقد كان مما يثير العجب ، ويدعو للدهشة ، ويحز فى نفس كل مسلم غيور ، أن تلجأ الأمة الاسلامية ، وتستعين فى أحكامها بقانون وضعى من وضع البشر ، ولو أن واضعه كان ينتمى الى أمتنا الاسلامية لهان الأمر ، لأنه لا محالة كان يلجأ الى دستورها الاسلامى ليستنبط منه مواد ذلك القانون ، ولكن الحقيقة أن واضعه لا ينتمى للأمة الاسلامية ، ولا يدين بدينها •

وقد يظن البعض أو يعتقد أن الشريعة الاسلامية لا تفى بحاجيات العصر الذى ظهرت فيه معاملات جديدة لم تكن موجودة فى العصر الاسلامى الأول • والواقع أن هؤلاء فى ظنهم مخطئون وعن

تاريخ أمتهم الاسلامية غافلون ، فلو تتبعوا تاريخ هـذه الأمة على مر العصور والأزمان من عصر الاسلام الأول الى أن تغلغل الاسـلام فى بلاد الفرس والروم ، وبعض بلاد أوربا لتبين لهم كيف كانت تحكم هذه البلاد بهذا الدين الاسلامى الحنيف •

لقد خاضت الشريعة الاسلامية ميدان التجربة بنجاح مئات السنين فى ظروف متفاوتة متباينة وتجارب شديدة وخرجت ظافرة بعد أن تفوقت فى مختلف الأجواء والعصور والتقلبات • فمن المؤكد الذى لا مراء فيه أن نظام الاسلام قد عالج بنجاح تام مصالح الدولة الاسلامية فى أوج توسعاتها مئات السنين ، وأقامت الشريعة صرح نظـام ومؤسسات تجـارية وبحرية ومصرفية ، ومصـالح ثقافية وعمرانيـة واجتماعية متينة البنيان ولا يكون ذلك بطبيعة الحـال ـ الا لمتانة اصولها وأحكام أسسها ، فان الشريعة الاسـلامية التى ظهرت فى مجتمع بدائى منحصر فى صحراء الجزيرة ، قد واجهت بكل كفاية وثبات احتياجات سكان الامبراطوريتين الفارسية والرومانية الشرقية ، وأثبتت علوها وتفوقها على نظمهم القديمة ، عندما زادت بها المعاملات رقيا والحضارة تقدما وازدهارا ثم ان هذه الشريعة حكمت التجارة البحرية المزدهرة بين الشرق وجمهوريات ايطاليا عبر البحار، ووضعت أسس القانونين التجارى والبحرى الحديث ، واستوفت احتياجات الحضارة الزراعية ، والصناعية،والتجارية ، فى بلاد الاسلام المختلفة • ولا نجد فى أنواع المعاملات الحديثة والاحتياجات المعاصرة ما يمكن أن يند عن اصول الشرع ، الا أن يكون مستهجنا فى ذاته غير موافق للمثل الفـاضلة وغير مرغوب فى اقراره ، فعند ذلك يجدر علاجه بدواء الشرع وتخليص المجتمع من شره ووباله •

ونظرة سريعـة الى الأسس التى تقوم عليهـا النظم التشريعية الأخرى ، نجد أنها لا تدعو الى القدر الكافى لتدعيم الثقة بها • فمثلا

النظم الرأسمالية تقوم على أساس من النظريات الفردية ، التى جعلت أساس الحياة هو المنفعة الفردية وسعى كل انسان الى بلوغ منفعته، وفى ظل هذه النظريات انقطعت صلة التعامل بالضمير، وصار الاستغلال مشروعا للقوى مكفولا له وأدى ذلك الى تحكم رأس المال فى الضعفاء • أما النظم الجماعية المتطرفة ـ فقد أدت الى تسخير الفرد لصالح الجماعة تسخيرا تاما وأسقطت من حسبانها الكفاية والكيان الفردى ، والنوازع الشخصية ، وجعلت الانسان ترسا فى آلة كبيرة يفنى فيها ، وأدى ذلك الى تبديد الثقة والطمأنينة كلية من جو التعامل وصبغه بصبغة القلق والخوف وعدم الاستقرار •

لهذا لم يكن بدعا أن يوافق مجلس المجمع فى جلسته رقم ٢٧ فى ١٩٦٧/٣/٨ على أن من مهمة المجمع العمل على ايجاد مشروع قانون شامل للأحوال المدنية والجنائية وغيرها اذا ماتقرر فى الدستور اتخاذ الشريعة الاسلامية أساسا للتقنين •

ثم أوصى المؤتمر الرابع للمجمع المنعقد فى ١٩٦٨/٩/٢٧ بما يأتى •

« يوصى المؤتمر مجمع البحوث الاسلامية بتأليف لجنة من رجال الفقه الاسلامى والقانون الوضعى ، لتضطلع بوضع الدراسات ومشروعات القوانين التى تيسر على المسئولين فى البلاد الاسلامية الأخذ بأحكام الشريعة الاسلامية فى قوانين بلادها كقوانين العقوبات والقانون التجارى ، والقانون البحرى وغيرها » •

كما وافق مجلس المجمع بجلسته رقم ٦٢ فى ١٩٧٠/١/٧ على الخطة المرحلية لأعمال لجان المجمع ومن بينها « تقنين الشريعة الاسلامية » الوارد فى خطة لجنة البحوث الفقهية كما اقترحتها بجلستها رقم ٢٠ بتاريخ ١١ اكتوبر ١٩٦٩ •

وقد عقدت لجنة البحوث الفقهية عدة اجتماعات وضعت فيها خطة العمل فى مشروع التقنين •

وقد استقر الرأى على السير فى هذا المشروع على النحو التالى:

١ ـ تقنن المذاهب الفقهية التى يعمل بها فى البلاد الاسلامية ويبدأ فى المرحلةالحالية بتقنينالمذاهب الأربعة : الحنفية ـ الشافعية ـ المالكية ـ الحنابلة • ويقنن كل مذهب على حدة وتصاغ أحكامه فى مواد على أن يصاغ من كل مذهب الرأى الراجح فيه وعلى أن تلحق كل مادة بمذكرة تفسيرية تذكر فيها الآراء الأخرى ، كما يذكر فيها الرأى الذى يرى أنه الأنسب للتطبيق فى العصر الحاضر •

٢ ـ بعد الفراغ من تقنين كل مذهب على حدة ، يبدأ العملفى وضع قانون مختار من بين المذاهب جميعا ، وبذلك يمكن للمجمع أن يقدم لكل بيئة من البيئات الاسلامية التى ترتبط بمذهب معين قانونا اسلاميا يصور ذلك المذهب فى أمانة كما يمكنه أن يقدم قانونا اسلاميا مختارا من بين المذاهب المعمول بها يفى باحتياجات البيئات التى تطلبه •

وجهات النظر حول منهج السير فى تقنين الشريعة الاسلامية :

• تستخلص وجهات النظر التى تدور حول هذا الموضوع وأسانيد كل منها والاعتراضات التى وجهتا اليها ، ومن محاضر ومناقشات اللجان الأساسية والفرعية على الوجه التالى :

١ ـ وجهة نظر ترى أن يكتفى بمراجعة القانون الوضعى لاقرار مالا يكون مختلفا مع الشريعة الاسلامية ، وتعديل مايكون مخالفا ، واضافة مالا يكون مدرجا بهذا القانون وله حكم فى الشريعة•

• وتستند وجهة النظر هذه الى مايأتى :

(أ) أن هذا النهج يحقق السرعة المطلوبة •

(ب) أن كثيراً من القوانين الوضعية مقتبس من الشريعة الاسلامية وتنحصر أوجه الخلاف فى مواضع محددة .

وتعارض وجهة النظر هذه بما يأتى :

(أ) ان مصطلحات القانون الوضعى تختلف فى معانيها عن مصطلحات الشريعة الإسلامية وان اتفقت معها فى ألفاظها فى بعض الأحيان .

(ب) ان القانون الوضعى ـ كأى قانون آخر ـ صادر عن عرف خاص ، وبيئة خاصة ، وفلسفة خاصة ، تختلف كثيرا أو قليلا عن الروح الاسلامية ـ ومن ثم فان اقرار ما يبدو منه فى ظاهره متفقا مع الشريعة الاسلامية يجر حتما اقرارا للروح الغربية التى صدر عنها القانون الوضعى .

والى ذلك كانت اشارة فضيلة الشيخ يس سويلم فى جلسة لجنة البحوث الفقهية التاسعة عشرة بقوله « نريد تقديم قانون روحه وجسمه اسلامى » .

مثال ذلك أن مراجعة بعض مواد القانون الجنائى قد تسفر ـ حسب هذا المنهج عن اتفاقها مع ما يقتضيه مبدأ التعزير فى الاسلام من سعة ومرونة ـ لكنه اذا نظر الى أن هذا القانون الوضعى يعبر عن قيم أخلاقية معينة سادت فى المجتمع الغربى فى عصر من العصور وأن مبدأ التعزير فى الاسلام ينبغى أن يكون مرتبطا بالقيم الإخلاقية الخاصة بالمجتمع الاسلامى ونظرة الاسلام الى الثواب والعقاب فانه يصبح من الواجب تجنب القانون الجنائى الوضعى ، والاتجاه الى صياغته من واقع الشريعة الاسلامية والفقه الاسلامى، على هدى قيم الاسلام ومثله العليا ...

(ج) ان هذا الاتجاه يختلف مع ما قرره مؤتمر المجمع ومجلسه

ولجنة البحوث الفقهية حيث تقرر « تقنين الشريعة الاسلامية » لامراجعة القانون الوضعي •

٢ ـ وجهة نظر ترى : أن تقنن الشريعة الاسلامية أساسا على أن ترتب ـ من مبدأ الأمر ـ وفقا لترتيب القانون الوضعي وأبوابه •

وتستند وجهة النظر هذه الى أن هذا الاتجاه هو الذي يحقق سهولة تطبيق الشريعة في العصر الحديث ، وسرعة انجاز المطلوب •

وتعارض وجهة النظر هذه بما عورضت به وجهة النظر الأولى من اختلاف المصطلحات بين الجانبين ومن صدور كل منهما عن فلسفة خاصة •

مثال ذلك : أن القانون الوضعي وقد جمع أنواع العقود المختلفة تحت باب واحد كان متأثرا بنظريته في العقد واطلاق ارادة المتعاقدين بينما الشريعة الاسلامية لا تذهب هذا المذهب •

على أن الذين يسوقون هذه المعارضة لا يستبعدون امكان التقريب بين الترتيب الذي يؤخذ به هنا والترتيب الذي يؤخذ به هناك وذلك في مرحلة ثانية من مراحل العمل ، بعد أن تصاغ المواد من الشريعة الاسلامية مباشرة فتتوفر لها الروح الاسلامية الخالصة •

٣ ـ وجهة نظر ترى أن تقنن الشريعة الاسلامية من مبدأ الأمر في قانون موحد مختار من المذاهب الفقهية الاسلامية •

وتعارضها وجهة نظر أخرى ترى : أن تقنن أولا المذاهب الفقهية الاسلامية المختلفة كل منها على حدة، ثم ينظر ثانيا في وضع القانون الموحد المختار •

وتستند وجهة النظر الأولى الى :

(أ) أن ذلك يحقق السرعة المطلوبة ٠

(ب) انه يحقق الوحدة الاسلامية المرجوة ويبتعد بالمسلمين عن اثارة الخلافات المذهبية ٠

(ج) أن المـذاهب الفقهية الاسـلامية تكاد تكون مقننة فى متونها القديمة ولا يحتاج اظهارها فى صورة مواد قانونيـة الا الى فصل عباراتها بعضها عن بعض ، ووضع أرقام لكل منها على انها مادة مستقلة ٠

وتستند وجهة النظر الثانية الى :

(أ) أن السرعة يمكن تعويضها بمزيد من الجهد وموالاة العمل٠

(ب) أن اختلاف المذاهب واقع لا يمكن تجاهله ، كما لا يمكن تجاوزه والوحدة الاسلامية لا تتأثر بوجود هذه المذاهب المستندة الى الكتاب والسنة بمقدار ماتتأثر بالتعصب الأعمى لبعضها ٠

(ج) ان وضع القانون الموحد المختار لابد أن يسبق ـعمليا ـ بتحضير مواده من المذاهب المختلفة ، ليجرى بعد ذلك الترجيح بينها والاختيار منهـا ومن هنـا كان من اللازم تحضير هـذه المواد من المذاهب أولا : فكانت الدعوة الى اغفال تقنين المذاهب دعوة الى اهدار جهد يتم بالضرورة وكانت الدعوة الى تقنينها قبل البدء فى وضع القانون الموحد المختار دعوة الى الاحتفاظ بهـذا الجهـد وتنظيمه ، وتقديمه للبلاد التى تطلبه أو تقديمه للعاملين فى وضع القانون الموحد المختار كمادة للبحث ٠

(د) أن عبارات المتون بعيدة الى حد كبير عن الوفاء بأغراض التقنين ولا يصح القول انها تتحول الى مواد قانونية لمجرد فصلها وترقيمها وذلك للأسباب الآتية :

١ ـ أن عبارات المتون غامضة أو مختصرة الى حد ، صارت به سببا فى اختلاف الشراح وأصحاب الحواشى فلا تصلح أن تكون مادة قانونية قبل توضيحها ، وتجلية غموضها •

٢ ـ أن المتون قد تجمع بين الآراء الراجح منها وغير الراجح والتقنين يأخذ بما يتبين رجحانه •

٣ ـ أن المتون قد تجرى على أقوال رجح الشارح خلافها والتقنين يأخذ بقول الشارح فى بعض الأحيان بل قد يأخذ بما جاء فى الحواشى والتقارير •

٤ ـ ان أحكام المتون غالبها جزئى والتقنين جعلها قواعد كلية يمكن تطبيقها على كثير من الجزئيات •

٥ ـ أن المتون تشتمل على أحكام تعبدية لا تعرض عادة على التقاضى فلا يصح ذكرها فى مواد القانون •

٦ ـ أن المتون كغيرها من أساليب الكلام الانسانى ، تخضع لحكم البيئة والزمن،فمن ثم كان النظر اليها على انها وصلت الى حد الكمال وصارت تستحق الخلود لايتفق مع طبيعتها وكان لابد من أسلوب صياغة جديد لكل زمن جديد : تراعى فيه احتياجاته من حيث الايجاز والاطناب والاجمال والتفصيل والشرح والتمثيل والتقديم والتأخير ، وغير ذلك من أساليب الكلام وأبوابه •

٧ ـ عملية التقنين لاتقتصر على صياغة المواد وانما تتعداها الى وضع ماتقتضيه من شرح أو مذكرة تفسيرية •

وأخيرا : فلقد سار العمل فى لجان التقنين وفقا لوجهة النظر التى ذهبت الى تقنين المذاهب الفقهية كل على حدة بعيدا عن التأثر بروح القانون الوضعى ونظرياته كمرحلة أولى تتلوها مراحل التقريب والاختيار •

والمجمع في المرحلة الراهنة بصدد استكمال خطوات هذا المشروع ، ووضع القانون الموحد من بين أحكام المذاهب ، وقد ألفت اللجنة المسئولة عن ذلك وباشرت مهمتها ، ونرجو أن تفرغ منه في وقت يناسب أهمية هذا العمل ، كما يناسب الحاجة الملحة إلى اصداره في أقرب فرصة .

والله الموفق ،

محمد عبد الرحمن بيصار

مشروع تقنين أحكام المعاملات

على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة (رضي الله عنه)

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على خاتم المرسلين ، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ، ومن دعا بدعوته ، واهتدى بهديه ، وسار على نهجه الى يوم الدين .

وبعد ..

فتلبية لرغبة الشعوب الاسلامية فى جعل الشريعة الاسلامية دستورا لبلادها ، وقانونا تحتكم إليه .

واستجابة لتشـوق هذه الشعوب ، فى أن تنهج نهج السلف الصالح ، من العصر الاسلامى الأول ، لترفرف راية العدل والسلام والطمأنينة عليها .

وتمشيا مع ما أوصى به مؤتمر مجمع البحوث الاسلامية فى دورته الرابعة ، من وضـع الدراسـات ومشروعات القوانين ، التى تيسر على المسئولين فى البلاد الاسلامية ، الأخذ بأحكام الشريعة الاسلامية، فى قوانين بلادها .

قمنا باعداد مشروع تقنين المعاملات ، على مذهب الامام الأعظم أبى حنيفـة النعمـان ـ رضى الله عنه ـ متوخين فى ذلك الرأى الراجح غـالبا ، والأخـذ ببعض الآراء التى تيسر على النـاس فى معاملاتهم ، مع الإشارة بقدر الإمكان إلى غير ذلك من الآراء فى شرح المادة .

ساهمنا بهذا الجهد المتواضع ، فى أداء الواجب الذى يفرضه علينا ديننا راجين المولى ـ جل شأنه ـ أن يجعل هذا المشروع نواة

لاستنباط قانون عامل شامل ، يحقق الرغبة ، ويأخذ بيد المسلمين، ليعودوا إلى ماضيهم المجيد ، ويعيشوا فى أمن وسلام .

وأملنا كبير أن نكون قد وفقنا فى تحقيق بعض ما يصبو إليه المجتمع الاسلامى ، سائلين المولى ـ جل وعلا ـ أن يجعله خالصا لوجهه الكريم ، وأن يهدينا سواء السبيل .

اللجنة

أعضاء اللجان الذين اشتركوا فى إعداد مشروع التقنين

١ ـ اللجنة الأولى:
- فضيلة الأستاذ الشيخ محمد علوانى سامون
- السيد الأستاذ المستشار محمد عبد المنعم ناصف
- فضيلة الأستاذ الشيخ محمد عبده البحيرى

٢ ـ اللجنة الثانية:
- فضيلة الأستاذ الشيخ محمد عبد الرحيم الكشكى
- السيد الأستاذ المستشار أحمد سعيد ثابت
- فضيلة الأستاذ الشيخ فهمى عبد اللاه سيد على
- فضيلة الأستاذ الشيخ عبد التواب عبد التواب باظة

٣ ـ اللجنة الثالثة:
- فضيلة الأستاذ الدكتور حسن الشاذلى
- السيد الأستاذ المستشار محمد محمود علام
- فضيلة الأستاذ الشيخ سليمان عطا

واشترك فى بعض مراحل العمل ، وانقطع لظروف خاصة :

- فضيلة الأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور
- فضيلة الأستاذ الشيخ عبد المقصود شلتوت
- السيد الأستاذ الدكتور مصطفى كمال وصفى
- فضيلة الأستاذ الشيخ محمد محمد سند

المراجع التى اعتمدت عليها اللجنة

١ ـ حاشية ابن عابدين على الدر المختار شرح تنوير الأبصار
جـ٤ الطبعة الثالثة « المطبعة الكبرى الأميرية » ببولاق مصر المحمية سنة ١٣٢٥هـ

٢ ـ فتح القدير على الهداية
جـ٥ الطبعة الأولى « المطبعــة الكبرى الأميرية » ببولاق مصر المحمية سنة ١٣١٦هـ

٣ ـ بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع
جـ٥ الطبعة الأولى « مطبعــة الجمالية » بحــارة الروم سنة ١٣٢٨هـ

٤ ـ الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفى
« مطبعة وادى النيل المصرية » سنة ١٢٩٨هـ

٥ ـ مرآة المجلة « شرح مجلة القوانين الشرعية والأحكام العــدلية (يوسف آصاف)
جـ١ المطبعة العمومية بمصر سنة ١٢٨٩هـ

القواعد العامة

١ — الأمور بمقاصدها .

المذكرة الإيضاحية

معنى هذه القاعدة أن الحكم الذى يترتب على أمر يكون على مقتضى ماهو المقصود من ذلك الأمر ، فلو رمى إنسان سهماً قاصد صيداً فأصاب إنساناً فقتله لايقتل به ، وذكر قاضيخان فى فتاواه : أن بيع العصير ممن يتخذه خمراً إن قصد به التجارة ، فلا يحرم ، وإن قصد به لأجل التخمير حرم ، وكذا غرس الكرم على هذا(١) .

* * *

٢ — العبرة فى العقود للمقاصد والمعانى لا للألفاظ والمبانى.

المذكرة الإيضاحية

تتضح هذه القاعدة فى أنه لافرق بين بيع الوفاء وبين الرهن

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفى ص ١٢ ومرآة المجلة ج ١ ص ٨،٧ (يوسف آصاف) طبع المطبعة العمومية بمصر سنة ١٨٩٤ م .

فى حكم من الأحكام ، فإن المتعاقدين وإن سميا بيعاً لكن غرضهما الاستيثاق بالدين إذ العاقدان يقول كل واحد بعد هذا العقد ، رهنت ملكى فلاناً والمشترى يقول ارتهنت ملك فلان والعبرة فى التصرفات للمقاصد والمعانى لا للألفاظ والمبانى(جامع الفتاوى فى بيع الوفاء[1]).

* * *

٣ — اليقين لا يزول بالشك .

المذكرة الإيضاحية

يعنى لو كان لإنسان على آخر دين بيقين ، وشك فى وفائه لا يسقط[2] .

* * *

٤ — المشقة تجلب التيسير .

المذكرة الإيضاحية

يعنى أن الصعوبة تصير سبباً للتسهيل ، ويلزم التوسيع فى وقت

---

(١) مرآة المجلة (يوسف آصاف) ج ١ ص ٨ .
(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفى ص ٢٧ ، ومرآة المجلة (يوسف آصاف) ج ١ ص ٨ .

الضيق ، ويتفرع على هذا الأصل كثير من الأحكام الفقهية كالقرض والحوالة والحجر وغير ذلك .

وما جوزه الفقهاء من الرخص والتخفيفات فى الأحكام الشرعية مستنبط من هذه القاعدة .

والأصل فى هذه القاعدة قوله تعالى : (يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر) وقوله تعالى : (وما جعل عليكم فى الدين من حرج) وقوله — ﷺ — (أحب الدين إلى الله الحنيفية السمحة)[1] .

* * *

٥ — الضرر يزال .

المذكرة الإيضاحية

يعنى أنه يجب إعدام الضرر وإزالته ، كقتل الحيوان الضار وأسباب الأمراض والفتن ونحو ذلك من المضار كقطع الطريق والسرقات .

والأصل فى هذه القاعدة قوله عليه الصلاة والسلام : (لا ضرر ولا ضرار) .

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفى ص ٣٧ ، ومرآة المجلة (يوسف آصاف) جـ ١ ص ١٤ .

ويبتنى على هذه القاعدة كثير من أبواب الفقه كالرد بعيب وجميع أبواب الخيارات والشفعة[1] .

* * *

٦ — العادة محكّمة .

المذكرة الإيضاحية

يعنى أن العادة عامة كانت أو خاصة تجعل حكماً لإثبات حكم شرعى وأصلها قوله — عليه الصلاة والسلام — : (مارآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن) .

وتجرى هذه القاعدة فى إجارة الظئر ، وفيما لا نص فيه من الأموال الربوية يعتبر فيه العرف فى كونه كيليا أو وزنيا ، وتجرى أيضا فى حلوان المعلم والصانع حيث صار ذلك عادة يجب وفاؤه[2] .

* * *

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم (الحنفى) ص ٤٢ ، ومرآة المجلة (يوسف آصاف) جـ ١ ص ١٦ .

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم (الحنفى) ص٤٦ ، ومرآة المجلة (يوسف آصاف) جـ ١ ص ٢٢ :

٧ — الاجتهاد لا ينقض بمثله .

المـــذكـرَة الإيضَــاحيّـة

معنى هذه القاعدة : أنه لو رفع لقاض حنفى حكم قاض شافعى لا ينقضه ، ولو كان مخالفا لمذهب إمامه .

ودليل القاعدة المذكورة الإجماع ، وقد حكم أبو بكر — رضى الله عنه — فى مسائل وخالف عمر — رضى الله عنه — فيها ، ولم ينقض حكمه ، وعلته بانه ليس الاجتهاد الثانى بأقوى من الأول ، وأنه يؤدى إلى ألا يستقر حكم وفيه مشقة شديدة[1] .

* * *

٨ — إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام .

المـــذكـرَة الإيضَــاحيّـة

معنى هذه القاعدة أنه لو كانت فى الشيء جهة حل وجهة حرمة غلبت جهة الحرمة ، كما لو شارك الكلب المعلم غير المعلم ،

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم (الحنفى) ص٥٣ ، ومرآة المجلة (يوسف آصاف) ج ١ ص ١٣ ، ١٤ .

أو كلب مجوسى أو كلب لم يذكر اسم الله — تعالى عليه — عمداً حرم أكل صيده كما فى الهداية[1] .

* * *

٩ — التابع تابع ولا يفرد بالحكم .

المذكرة الإيضاحية

معنى القاعدة أنه إذا بيع حيوان فى بطنه جنين يدخل الجنين فى البيع تبعا ، ولا يفرد بالحكم بمعنى انه لايباع منفرداً[2] .

* * *

١٠ — تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة .

المذكرة الإيضاحية

يتضح معنى القاعدة فى تصريح الفقهاء : أن السلطان لا يصح عفوه عن قاتل لا ولى له ، إنما له القصاص أو الصلح لأنه نصب ناظراً ، وليس من النظر للمستحق العفو .

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم (الحنفى) ص ٥٥ .

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم (الحنفى) ص٦٠ ، ومرآة المجلة (يوسف آصاف) ج ١ ص ٢٨ ، ٢٩ .

وأصل القاعدة : ما أخرجه سعيد بن منصور عن البراء قال : قال عمر رضى الله تعالى عنه : إنى أنزلت نفسى من مال الله تعالى بمنزلة ولى اليتيم ، إن احتجت أخذت منه ، فإذا أيسرت رددته ، فإذا استغنيت استعففت(١) .

* * *

١١ — الحدود تدرأ بالشبهات .

المذكرة الإيضاحية

معنى القاعده أن الحدود لاتقام ، إذا حامت حولها الشبهات ، وهذا ثابت بالحديث الشريف ، فقد روى عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما ، وأخرج ابن ماجه من حديث أبى هريرة رضى الله تعالى عنه « ادورءوا الحدود بالشبهات » .

وفى فتح القدير أجمع فقهاء الأمصار على أن الحدود تدرأ بالشبهات والحديث المروى فى ذلك متفق عليه وتلقته الأمة بالقبول(٢) .

* * *

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم (الحنفى) ص ٦٢ ، ومرآة المجلة (يوسف آصاف) جـ ١ ص ٣٢ .

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم (الحنفى) ص ٦٤ .

١٢ — إعمال الكلام أولى من إهماله .

المذكرة الإيضاحية

يعنى لا يهمل الكلام ما أمكن حمله على معنى ، كما إذا قال لك عندى مال يحمل كلامه على أقل مايسمى مالا ولا يهمل(١) .

* * *

١٣ — الخراج بالضمان .

المذكرة الإيضاحية

يتضح معنى القاعدة بما رواه أحمد وأبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه وابن حبان من حديث عائشة رضى الله عنها ، وفى بعض طرقه ذكر السبب ، وهو ان رجلا ابتاع عبداً فأقام عنده ماشاء الله أن يقيم ، ثم وجد به عيباً فخاصمه إلى النبي — صلى الله عليه وسلم — فرده عليه ، فقال الرجل يارسول الله : قد استعمل غلامى فقال : (الخراج بالضمان) قال أبو عبيد : الخراج فى هذا الحديث غلة العبد يشتريه

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم (الحنفى) ص ٦٨ ومرآة المجلة (يوسف آصاف) ج ١ ص ٣٤

الرجل فيستعمله زماناً ثم يعثر منه على عيب دلسه البائع فيرده ويأخذ جميع الثمن ويفوز بغلته كلها لأنه كان فى ضمانه ، ولو هلك هلك من ماله(١) .

* * *

١٤ — (ا) لا ينسب إلى ساكت قول .

(ب) والسكوت فى معرض الحاجة بيان .

المذكرة الإيضاحية

يعنى أنه لايقال لساكت انه قال كذا لكن السكوت فيما يلزم التكلم به إقرار وبيان ، وذلك كما إذا رأيت أحدا يتصرف فى شيء تصرف المالك بلا إذن منك ، وسكت بلا عذر بعد ذلك إقرار منك بأنك غير مالك له ، فلو رأى أجنبيا يبيع ماله فسكت ولم ينهه لم يكن وكيلا بسكوته(٢) .

* * *

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم (الحنفى) ص ٧٧ .

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم (الحنفى) ص٧٨ ، ومرآة المجلة (يوسف آصاف) ص ٣٨ .

١٥ — ما حرم أَخذه حرم إعطاؤه .

المــذكـرَة الإيضَــاحيّـة

يتضح معنى القاعدة فى التعامل بالربا مثلا ، فكما لايجوز للإنسان أكل الربا لايجوز له دفعه ، وكذلك الرشوة(١) .

* * *

١٦ — من استعجل الشىقبل أَوانه عوقب بحرمانه .

المــذكـرَة الإيضَــاحيّـة

تتضح القاعدة فى حرمان من قتل مورثه من الإرث(٢) .

* * *

١٧ — الولاية الخاصة أَقوي من الولاية العامة .

المــذكـرَة الإيضَــاحيّـة

تتضح القاعدة فى أن القاضى لايزوج اليتيم واليتيمة إلا عند عدم

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم (الحنفى) ص ٧٩ .
(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم (الحنفى) ص ٨٠ .

ولى لهما فى النكاح ، ولو كان القاضى ذارحم محرم ، وفى أن الإمام لا يملك العفو(١) .

* * *

١٨ — لا عبرة بالظن البين خطؤه .

المذكرة الإيضاحية

تتضح القاعدة فيما إذا دفع مالا لإنسان ظاناً أنه يلزمه ، ثم تبين انه غير لازم عليه فإنه يسترده ، وذلك كمن دفع للشفيع مالا صلحاً عن إسقاط شفعته ، فله استرداده ، ولو ظن أنه واجب عليه(٢) .

* * *

١٩ — ذكر بعض مالا يتجزأ كذكر كله .

المذكرة الإيضاحية

تتضح القاعدة فى العفو عن القصاص ، فإذا عفا عن بعض القاتل

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم (الحنفى) ص ٨٠

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم (الحنفى) ص ٨٠ ، ٨١ ومرآة المجلة (يوسف آصاف) ص ٤١ .

كان عفوا عن كله ، وكذا إذا عفا بعض الأولياء سقط القصاص ، وانقلب نصيب الباقين مالا(١) .

* * *

٢٠ — إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر .

المذكرة الإيضاحية

تتضح القاعدة فى عدم تضمين من دل سارقا على مال إنسان فسرقه .

* * *

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم (الحنفى) ص ٨١ .

الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بباب البيع

مادة ١ — « الإيجاب أول كلام يصدر من أحد العاقدين ، لأجل إنشاء التصرف وبه يوجب ويثبت التصرف » .

مادة ٢ — « القبول ثانى كلام يصدر من أحد العاقدين لأجل إنشاء التصرف وبه يتم العقد » .

مادة ٣ — العقد إلتزام المتعاقدين ، وتعهدهما أمراً ، وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول .

مادة ٤ — الانعقاد : تعلق كل من الإيجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر أثره فى متعلقهما .

مادة ٥ — البيع مبادلة مال بمال ، ويكون منعقداً أو غير منعقد .

مادة ٦ — البيع المنعقد هو البيع الذى ينعقد على الوجه المذكور ، وينقسم إلى : صحيح : وفاسد . ونافذ : وموقوف :

مادة ٧ — البيع الغير المنعقد هو : البيع الباطل .

مادة ٨ — البيع الصحيح هو : البيع الجائز وهو البيع المشروع ذاتاً ووصفاً .

مادة ٩ — البيع الفاسد هو : المشروع أصلا لا وصفاً .

مادة ١٠ — البيع الباطل هو : مالا يكون مشروعاً أصلا .

مادة ١١ — البيع الموقوف هو : بيع يتعلق به حق آخر « كبيع الفضولى » .

مادة ١٢ — الفضولى هو : من يتصرف بحق آخر بدون إذن شرعى .

مادة ١٣ — البيع النافذ هو : بيع لا يتعلق به حق آخر ، وينقسم إلى : لازم ، وغير لازم .

مادة ١٤ — البيع اللازم هو : البيع النافذ العارى عن الخيارات .

مادة ١٥ — البيع غير اللازم هو : البيع النافذ الذى فيه أحد الخيارات .

مادة ١٦ — الخيارات هى : كون أحد العاقدين مخيراً .

مادة ١٧ — البيع البات هو : البيع القطعى .

مادة ١٨ — بيع الاستغلال هو : بيع المال وفاء على أن يستأجره غير البائع .

مادة ١٩ — البيع باعتبار المبيع ينقسم إلى أربعة أقسام : بيع المال بالثمن (ويسمى بالبيع المطلق ، لأنه أشهر البيوع) : الصرف : المقايضة : السلم .

مادة ٢٠ — المال هو : ما يميل إليه طبع الإنسان ، ويمكن ادخاره إلى وقت الحاجة ، منقولا كان أو غير منقول .

مادة ٢١ — المال المتقوم هو : يستعمل فى معنيين :

١ — بمعنى ما يباح الانتفاع به .

٢ — بمعنى المال المحرز .

مادة ٢٢ — المنقول هو : الشيء الذى يمكن نقله من محل إلى آخر .

مادة ٢٣ — غير المنقول هو : مالا يمكن نقله من محل إلى آخر .

مادة ٢٤ — النقود : جمع نقد ، وهى عبارة عن الذهب والفضة ، وما قام مقامها .

مادة ٢٥ — العروض : جمع عرض ، وهو ماعدا النقود
والسلعة : متاع التجارة .

مادة ٢٦ — المقدرات : ما تتعين مقاديرها بالكيل ، أو الوزن ، أو العدد،أو الذراع،وهى شاملة للمكيلات،والموزونات، والعدديات ، والمذروعات ، ويقال لها المثليات .

مادة ٢٧ — المحدود هو . العقار الذى يمكن تعيين حدوده وأطرافه .

مادة ٢٨ — المشاع : ما يحتوى على حصص شائعة .

مادة ٢٩ — الحصة الشائعة هى : السهم السارى إلى كل جزء من أجزاء المال المشترك .

مادة ٣٠ — الجنس : مالا يكون بين أفراده تفاوت فاحش بالنسبة إلى الغرض منه .

مادة ٣١ — الجزاف والمجازفة : بيع مجموع بلا تقدير .

مادة ٣٢ — حق المرور هو : حق المشى فى ملك آخر .

مادة ٣٣ — حق الشرب هو : نصيب معين معلوم من النهر ونحوه .

مادة ٣٤ — حق المسيل : حق جريان الماء ، والسيل ، والتوكاف من دار إلى الخارج .

(التوكاف . رشح ماء المطر من سقف أو نحوه) .

مادة ٣٥ — المثلى : ما يوجد مثله فى السوق بدون تفاوت يعتد به .

مادة ٣٦ — القيمى : مالا يوجد له مثل فى السوق ، أو يوجد لكن مع التفاوت المعتد به فى القيمة .

مادة ٣٧ — العدديات المتقاربة : المعدودات هى التى لايكون بين أفرادها وآحدها تفاوت فى القيمة . وجميعها من المثليات .

مادة ٣٨ — العدديات المتفاوتة هى : التى يكون بين أفرادها وآحادها تفاوت فى القيمة ، فجميعها قيميات .

مادة ٣٩ — التأجيل : تعليق الدين وتأخيره إلى وقت معين .

مادة ٤٠ — التقسيط : تأجيل أداء الدين مفرقاً إلى أوقات معينة .

مادة ٤١ — الدين : ما يثبت فى الذمة .

مادة ٤٢ — العين : الشىء المعين المشخص .

مادة ٤٣ — التغرير : توصيف المبيع للمشترى بغير صفته الحقيقية ، ترغيباً له به .

مادة ٤٤ — الغبن الفاحش : غبن على قدر نصف العشر فى العروض ، والعشر فى الحيوانات ، والخمس فى العقار ، أو زيادة(١) .

---

(١) مرآة المجلة ١ يوسف آصاف ج ١ ص ٥٥ — ٦٤ .

باب البيع

تعريف البيع :

مادة (١) :

« البيع هو مبادلة مال غير نقدى بمال نقدى على وجه التراضى »[1] .

المذكرة الإيضاحية

البيع فى عرف الفقهاء يطلق بمعنى أعم، أى شامل للسلم، والصرف، والمقايضة والبيع المطلق ، وهو « مبادلة المال بالمال بالتراضى » .

ويطلق البيع بمعنى أخص ، فلا يشمل إلا البيع المتعارف ، وهو البيع المطلق .

وقد جرت اللجنة فى تعريف البيع على الإطلاق الثانى ؛ لأنه هو المتعارف .

---

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ٣ ، ٤ ، ٧ .

والمبادلة هى التمليك (نهر عن الدراية) أى التمليك المطلق، وتكون بالقول وهو: الإيجاب والقبول، وبالفعل وهو التعاطى.

والمال ما يميل إليه الطبع، ويمكن ادخاره لوقت الحاجة. والمالية تثبت بتمول الناس كافة أو بعضهم، والتقوم يثبت بها وبإباحة الانتفاع به شرعاً، فما يباح بلا تمول لا يكون مالا كحبة حنطة، وما يتمول بلا إباحة الانتفاع، لا يكون متقوماً كالخمر، وإذا عدم الأمران لم يثبت واحد منهما كالدم (ملخصاً عن الكشف الكبير).

واشتراط التراضى أخذ من الآية الكريمة (إلا أن تكون تجارة عن تراض). ولا ينعقد البيع إلا به.

وتقييد المال بغير نقدى يميزه عن الصرف والسلم، وتقييد المقابل بمال نقدى يميزه عن المقايضة.

* * *

ركن البيع:

مادة (٢):

«ينعقد البيع بتلاقى الايجاب والقبول، أو ما يقوم مقامهما»[1].

(١) فتح القدير ج ٥ ص ٧٤، ٧٥، ابن عابدين ج ٤ ص ٥ إلى ١٢ بدائع الصنائع ج ٥ ١٣٣، ١٣٤.

الانعقاد : هو تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره فى المحل .

والمراد بالبيع هنا المعنى الشرعى الخاص المعلوم حكمه .

والإيجاب (الإثبات) : وهو ما صدر أولا من أحد العاقدين ، سواء وقع من البائع كبعت ، أو من المشترى ، كأن يبتدىء فيقول : اشتريت منك هذا بكذا .

والقبول . هو ما صدر من العاقد الآخر ، وبه يتم العقد .

وكل منهما إيجاب (أى إثبات) وإنما سمى الإثبات الثانى قبولا ، تمييزاً له عن الإثبات الأول ، ولأنه يقع قبولا ورضا بفضل الأول .

والإيجاب والقبول هما ركنا البيع ، وهما تفسير المبادلة بالقول التى أشرنا إليها فى شرح المادة (١) .

والكلام فى الإيجاب والقبول فى موضعين : أحدهما الصيغة ، والثانى الصفة .

أما صيغتهما : فهى كل لفظين ينبئان عن معنى التملك والتمليك « ماضيين » كأن يقول البائع : بعت ، ويقول المشترى : اشتريت ، فيتم الركن ، لأن هذه الصيغة وإن كانت للماضى وضعاً ، لكنها جعلت إيجاباً للحال فى عرف أهل اللغة والشرع ، والعرف قاض على الوضع .

« أو حالين » كأن يقول البائع للمشترى : أبيع منك هذا الشيء بكذا ونوى الإيجاب ، فقال المشترى : أشتريه ، أو قال المشترى : أشترى منك هذا الشيء بكذا ، ونوى الإيجاب فى الحال . أو قال البائع : أبيعه منك بكذا ، وقال المشترى أشتريه و نويا الإيجاب ، يتم الركن وينعقد .

وإنما اعتبرت النية هنا وإن كانت صيغة أفعل للحال هو الصحيح ، لأنه غلب استعمالها للاستقبال ، إما حقيقة أو مجازاً ، فوقعت الحاجة إلى التعيين بالنية (بدائع) .

ولا ينعقد بلفظين أحدهما للماضى والآخر للمستقبل ، لأن النبي — صلى الله عليه وسلم — استعمل فيه لفظ الماضى الذى يدل على تحقق وجوده ، فكان الانعقاد مقتصراً عليه ، ولأن لفظ المستقبل إن كان من جانب البائع كان عدة لا بيعاً ، وإن كان من جانب المشترى كان مساومة .

ولاينعقد بصيغة الاستفهام فى أحدهما بالاتفاق ، بأن يقول المشترى: أتبيع منى هذا الشيء بكذا ، أو بعته منى بكذا ؟ فقال البائع : بعت ، لا ينعقد .

ولا ينعقد بصيغة الأمر ، بأن يقول المشترى : بع هذا الشيء منى بكذا ، فيقول البائع : بعت .

وأما صفتهما : فهى أن الإيجاب لا يكون ملزماً قبل وجود الآخر ، فأحد الشطرين بعد وجوده لا يلزم قبل وجود الشطر الآخر ، حتى

لو وجد أحد الشطرين من أحد المتبايعين ، فللآخر خيار القبول ، وله خيار الرجوع قبل قبول الآخر ، لقول الرسول — ﷺ — : « البيعان بالخيار مالم يفترقا عن بيعهما » . والخيار الثابت لهما قبل التفرق عن بيعهما هو : خيار القبول وخيار الرجوع ، ولأن أحد الشطرين لو لزم قبل وجود الآخر لكان صاحبه مجبوراً على ذلك الشطر ، وهذا لا يجوز .

وحيث لم تصح إرادة اللفظين بالبيع ، بل حكمهما وهو الملك فى البدلين ، وجب أن يراد بقوله : ينعقد ، يثبت أى الحكم ، فان الانعقاد إنما هو اللفظين لا للملك ، أى انضمام أحدهما إلى الآخر على وجه يثبت أثره الشرعى .

والذى يقوم مقام اللفظ فى الإيجاب والقبول ما يأتى :

١ — الإشارة المفهومة بالنسبة للأخرس ، لأنها تقوم مقام عبارته هذا إذا كان الخرس أصليا (خلقيا) فان كان عارضا فلا يصح إلا إذا دام به .

٢ — التعاطى : وهو دفع الثمن وأخذ المبيع عن تراض من البائع والمشترى بغير لفظ ، ويكون فى الخسيس ، والنفيس على الاصح .

والبيع بالتعاطى هو المبادلة بالفعل ويسمى بيع المراوضة ، ويكون فى الاشياء الخسيسة والنفيسة ، وذكر القدورى : أن التعاطى يجوز فى الأشياء الخسيسة ولا يجوز فى الأشياء النفيسة وهو قول

الكرخي أيضا . ورواية الجواز في الأصل مطلق عن هذا التفصيل وهي الصحيحة ، لأن البيع في اللغة والشرع « اسم للمبادلة » وهي مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب ، وحقيقة المبادلة بالتعاطي هي الأخذ والإعطاء ، وإنما قول البيع والشراء دليل عليهما ، والدليل عليه قوله عز وجل : (إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) . والتجارة عبارة عن جعل الشراء للغير يبدل ، وهو تفسير التعاطي ، وقال سبحانه وتعالى : (أولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى فما ربحت تجارتهم وما كانوا مهتدين) . أطلق سبحانه وتعالى اسم التجارة على تبادل ليس فيه قول البيع الخ :

وإذا ثبت أن حقيقة المبادلة بالتعاطي وهو الاخذ والإعطاء . فهذا يوجد في الأشياء الخسيسة والنفيسة جميعاً ، فكان التعاطي في كل ذلك بيعاً ، فكان جائزا ، ولو كان التعاطي من أحد الجانبين جاز على الأصح وبه يفتى ، إذا لم يصرح معه بعدم الرضا ، وقيل لابد من الإعطاء من الجانبين ، وعليه الأكثر ، قاله الطرسوسي ، واختاره البزازي ، وأفتى به الحلواني ، واكتفى القرماني بتسليم المبيع مع بيان الثمن ، فتحرر ثلاثة أقوال ، وقد تقدم ما عليه الفتوى . وهو جواز التعاطي من أحد الجانبين .

* * *

مادة (٣) :

« لايعتبر الايجاب الصادر للغائب إلا بكتاب أو رسول ، أو ما يقوم مقام أحدهما ويكون مجلس القبول هو مجلس العلم الحاصل بأحدهما »[1] .

المذكرة الإيضاحية

إذا صدر الإيجاب للغائب عن سماعه ، يعتبر باطلا إذا بلغه من شخص لم يكلف بتبليغه ولا ينعقد البيع اتفاقا ، وإنما يعتبر الإبلاغ إذا كان عن طريق الكتابة أو الرسول .

وصورة الكتابة أن يكتب . . . فقد بعت هذا الشيء منك بكذا ، فلما بلغه الكتاب قال فى مجلسه ذلك : اشتريت تم البيع بينهما .

وصورة الإرسال : أن يرسل رسولا ، فيقول البائع : بعت هذا من فلان الغائب بألف درهم فاذهب يا فلان وقل له ، فذهب الرسول فاخبره بما قال ، فقبل المشترى فى مجلسه ذلك .

ومجلس القبول : هو مجلس بلوغ الكتاب أو الرسول ، ولا يخفى أن قراءة الكتاب صارت بمنزلة الإيجاب من الكتاب ، فإذا قبل المكتوب إليه فى المجلس فقد صدر الإيجاب والقبول فى مجلس واحد .

* * *

---

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٠ ، ١١

مادة (٤) :

« إذا أوجب واحد قَبِل الآخر فى المجلس كل المبيع بكل الثمن أَو ترك ، إلا إذا أوضح الموجب ثمن كل فيصح للقابل أخذ البعض بحصته من الثمن »[١] .

المذكرة الإيضاحية

تقدم فى شرح المادة (٢) معنى الإيجاب ، فإذا صدر هذا الإيجاب من أحد المتعاقدين فالآخر بائعا كان أو مشتريا ، يخير بين القبول أو الترك فى المجلس ما دام الموجب على إيجابه ، فلو رجع عنه قبل القبول بطل (وسيأتى بيان ذلك فى المادة (٥) ولا بد من كون القبول فى المجلس ، وموافقا للإيجاب ، وأن يكون قبل تغير المبيع .

وتقييد القبول بالمجلس لأن خيار القبول مقيد به حتى لو تكلم البائع مع إنسان فى حاجة له فإنه يبطل (بحر) .

والمراد بالمجلس مالا يوجد فيه ما يدل على الإعراض ، وألا يشتغل العاقدان بغير موضوع العقد وإن لم يكن للإعراض (نهر) فإن وجد بطل ولو اتحد المكان .

---

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ٢٠ .

والتخيير يكون بين قبول العاقد الثانى « كل المبيع بكل الثمن أو الترك » وهذا بيان لاشتراط موافقة القبول للإيجاب ، بأن يقبل المشترى ما أوجبه البائع بما أوجب ، فان خالفه بان قبل غير ما أوجبه أو بعضه ، بغير ما أوجبه أو ببعضه لم ينعقد ، إلا إذا كانت المخالفة إلى ما فى صالح الموجب فانه ينعقد ، ولا يجب إلا ما يتلاقى مع الإيجاب إلا إذا قبل الآخر الحط من الثمن أو الزيادة فيه ، وقبل المشترى الزيادة ، أو حلول الثمن بدل تنجيمه ، أو تأجيله ، فإن هذا يعتبر قبولا جديدا ، وتكون عبارة الآخر إيجابا ، ويلغى الإيجاب الأول.

والتخيير الموجه إليه الإيجاب بين الأخذ بكل الثمن أو تركه لئلا يلزم تفريق الصفقة .

أما إذا تعدد المبيع وذكر ثمنا لكل مع تكرار لفظ البيع ، فيكون للموجه إليه الإيجاب حق القبول فى الصفقة كلها أو بعضها مما بين ثمنه اتفاقا ، فان لم يكرر لفظ البيع وفصل الثمن ، فظاهر كلام الهداية أنه يكون بتفصيل الثمن قد رضى بتعدد الصفقة على الوجه الذى بينه بتفصيل الثمن ، ويكون كما إذا كرر لفظ البيع وهو قول الصاحبين (أبو يوسف ومحمد) .

* * *

مادة (٥) :

« يبطل الإيجاب برجوع الموجب قبل القبول صراحة أو دلالة ، أو بإعراض الآخر »[١] .

---

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ٢٠ ، ٢١ .

إذا حدث ما يدل على أعراض أحد المتعاقدين — بعد صدور الإيجاب — بطل الإيجاب لأنه يشترط اتحاد المجلس . (وفى المجتبى) أن المجلس المتحد يكون بالا يشتغل أحد المتعاقدين بغير ما عقد له المجلس ، أو ما هو دليل الأعراض .

ويبطل الإيجاب أيضاً برجوع الموجب عن إيجابه قبل صدور القبول ، فلو صدر القبول ورجوع الموجب معاً كان الرجوع أولى . ومما يبطل الإيجاب قبل أن يتصل به القبول ، رجوع أحد المتعاقدين، أو خروجه عن أهليته ، أو موته ، ولهذا قالوا إن خيار القبول لا يورث تبعاً لمنهج الحنفية فى أن الأصل فى المنافع والحقوق أنها لا تورث ، كما يبطل بتغير المبيع ، وبقيام أحدهما من المجلس ، وإن لم يذهب على الراجح ، وقيل لا يبطل ما دام فى مكانه (بحر) ويبطل بالقيام وإن كان لمصلحة لا معرضا (قنية) .

* * *

مادة (٦) :

« إذا التقى القبول مع الايجاب فلا يثبت خيار لأحد المتعاقدين بدون شرط إلا لعيب خفى أو عدم أو رؤية »[١] .

---

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ٢١

إذا اتصل الإيجاب بالقبول على الوجه الصحيح ترتب على ذلك سقوط خيار المجلس ، ولا يثبت إلا خيار العيب والرؤية ، أو ما يشترطه أحدهما .

* * *

شروط انعقاد البيع :

مادة (٧) :

يشترط لانعقاد البيع :

(ا) أن يكون العاقدان أهلا للتعاقد ، ويتم العقد بعبارة الأب وحده .

(ب) وأن يوافق القبول الإيجاب ، ويتصل به فى مجلس العقد .

(ج) وأن يكون المعقود عليه مالا موجوداً متقوماً مملوكا مقدور التسليم .[1]

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٥ ص ١٣٥ إلى ١٤٨ ابن عابدين جـ ٤ ص ٣ — ٦

تقدم فى المادة (٢) بيان معنى الانعقاد . . . والشروط المذكورة فى نص هذه المادة :

(ا) بعضها يرجع إلى العاقد وهى : أهلية التعاقد وتتحقق بالعقل أو بالتمييز فلا ينعقد بيع مجنون وصبى غير مميز .

ولا يشترط البلوغ فلو باع الصبى المميز مال نفسه ينعقد موقوفا على إجازة وليه ، وعلى إجازة نفسه بعد البلوغ ، والبلوغ ليس شرطا للنفاذ فى الجملة حتى لو توكل عن غيره بالبيع والشراء ينفذ تصرفه .

ويشترط التعدد فى العاقد ، فلا يصلح الواحد عاقدا من الجانبين فى البيع إلا إن كان أبا يبيع مال نفسه من ابنه الصغير بمثل قيمته ، أو بما يتغابن الناس فيه عادة ، أو وصيا إن كان فى تصرفه نفع الصغير خلافا لمحمد .

(ب) وبعضها يرجع إلى نفس العقد ، وهى : أن يكون القبول موافقا للإيجاب ، بأن يقبل المشترى ما أوجبه البائع بما أوجبه ، فإن خالفه بأن قبل غير ما أوجبه ، أو بعض ما أوجبه ، أو بغير ما أوجب به ، أو ببعض ما أوجب به ، لا ينعقد من غير إيجاب آخر موافق . إلا إذا كانت المخالفة لصالح الموجب ، فينعقد العقد ، ولا يجب إلا المتفق عليه . وقد سبق ذلك فى شرح المادة (٤) ، وفى شرح المادة (٥) بيان لاتحاد المجلس .

(ح) وبعضها يرجع إلى المعقود عليه وهي :

١ — أن يكون مالا متقوما ، لأن البيع مبادلة مال بمال ، والمراد بالمال ، ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة ، والمالية تثبت بتمول الناس كافة أو بعضهم والتقوم يثبت بها وبإباحة الانتفاع به شرعا ، فما يباح بلا تمول لا يكون مالا كحبة حنطة ، وما يتمول بلا إباحة الانتفاع لا يكون متقوما كالخمر ، وإذا عدم الأمران لم يثبت واحد منهما كالدم (بحر ملخصا عن الكشف الكبير) .

وحاصله : أن المال أعم من المتمول ، لأن المال ما يمكن ادخاره ولو غير مباح كالخمر والمتقوم ما يمكن ادخاره مع الإباحة ، فالخمر مال لا متقوم ، فلذا فسد البيع بجعلها ثمنا ، وإنما لم ينعقد أصلا بجعلها مبيعا ، لأن الثمن غير مقصود ، بل وسيلة إلى المقصود ، إذ الانتفاع بالأعيان لا بالأثمان ، ولهذا اشترط وجود المبيع دون الثمن ، فبهذا الاعتبار صار الثمن من جملة الشروط بمنزلة آلات الصناع (وتمام تحقيقه في فصل النهي من التلويح) ومن هذا قال في البحر : ثم اعلم أن البيع وإن كان مبناه على البدلين لكن الأصل فيه المبيع دون الثمن ، ولذا تشترط القدرة على المبيع دون الثمن ، وينفسخ بهلاك المبيع دون الثمن .

٢ — وأن يكون موجودا ، فلا ينعقد بيع المعدوم كالثمر والزرع قبل ظهورهما ، وماله خطر العدم كالحمل في بطن الدابة ، واللبن في ضرعها ، ورخص في السلم .

٣ — وأن يكون مملوكا للبائع عند البيع ، فان لم يكن ينعقد ، وإن ملكه بعد ذلك بوجه من الوجوه إلا السلم خاصة ، لأنه بيع ما ليس عنده ، وقد نهى ـ النبي صلى الله عليه وسلم ـ عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص فى السلم ، وهذا الشرط فيما يبيعه بطريق الأصالة عن نفسه ، فأما ما يبيعه بطريق النيابة عن غيره ، فإن كان البائع وكيلا وكفيلا فليس بشرط أن يكون المبيع مملوكا للبائع ، وإن كان فضوليا فليس الملك بشرط لانعقاد البيع بل هو من شرائط النفاذ ، إذ بيع الفضولى يكون منعقدا موقوفا على إجازة المالك فإن أجاز نفذ ، وإن رد بطل .

٤ — ومنها أن يكون مقدور التسليم وقت العقد ، فان كان غير مقدور التسليم عنده لا ينعقد وإن كان مملوكا له ، كبيع البعير الشارد . خلافا للكرخى فى جواب ظاهر الروايات ، حتى لو ظهر يحتاج إلى تجديد الإيجاب والقبول ، إلا إذا تراضيا فيكون بيعا مبتدأ بالتعاطى ، فإن لم يتراضيا وامتنع البائع عن التسليم ، لا يجبر على التسليم ، ولو سلم وامتنع المشترى من القبض لا يجبر على القبض .

البيع النافذ :

مادة (٨) :

« يشترط لنفاذ البيع أن يكون العاقد ذا ولاية على إنشاء العقد ، وألا يكون فى المبيع حق لغير البائع »[١] .

(١) بدائع الصنائع جـ ٥ ص ١٤٨ إلى ١٥٥

شرط النفاذ : هو مالا يثبت الحكم بدونه ، وإن كان ينعقد التصرف بدونه .

ولنفاذ البيع شروط تضمنها نص المادة وهى : الملك أو الولاية وألا يكون فى المبيع حق لغير البائع .

١ — فاشتراط الملك أو الولاية يترتب عليه عدم نفاذ بيع الفضولى ، لانعدام الملك والولاية ، وإن كان ينعقد موقوفا على إجازة المالك ، فان أجاز نفذ ، وإلا بطل ولبيع الفضولى وشرائه شروط تذكر عند الكلام عليه .

والولاية : إما ذاتية — وهى ولاية الشخص البالغ العاقل على ماله .

أو متعدية — وهى ولايته على غيره . وهذه الولاية قد يكون مصدرها المالك نفسه ، كولاية الوكيل والوصى المختار . وقد يكون مصدرها الشرع ، كولاية الأب والجد والوصى ، أو من له الولاية العامة كتولية القاضى . . .

وتفصيل الكلام عن الولاية يأتى فى باب الولاية . . .

٢ — واشتراط ألا يكون فى المبيع حق لغير البائع ، لأنه لو تعلق به حق الغير لا ينعقد كالمرهون والمستأجر ، وإن وقع البيع هل يكون فاسدا ، أم صحيحا موقوفا ؟ الصحيح أنه موقوف ، لأن ركن

البيع صدر من أهله مضافا إلى مال متقوم مملوك له مقدور التسليم من غير ضرر يلزمه .

* * *

مادة (٩) :

« شرط لصحة البيع معرفة قدر المبيع والثمن ووصفهما ، إذا لم يقعا تحت نظر المتعاقدين ، وتكفى الإشارة فيما يقع تحت نظرهما »[١] .

المذكرة الإيضاحية

المراد بمعرفة القدر والوصف : ما ينفى الجهالة الفاحشة ، وذلك بما يخصص المبيع عن نظائره ، وهذا يكون بالإشارة إليه إذا كان حاضرا فى مجلس العقد وإلا فبيان مقداره مع بيان وصفه لو كان من المقدرات : كبعتك كيلة من حنطة بلدية مثلا ، بشرط كونه فى ملكه ، أو ببيان مكانه الخاص : كبعتك ما فى هذا البيت ، أو ما فى حقيبتى ، أو باضافته إلى البائع : كبعتك دابتى أو سيارتى ولا دابة ولا سيارة له غيرهما ، أو ببيان حدود أرضه إن كان عقارا ، فببيان

---

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ٢٢ ، ٢٣ .

ذلك تنتفى الجهالة الفاحشة عن المبيع ، ولا ضير من بقاء الجهالة اليسيرة التى لا تنافى صحة البيع ، لارتفاعها بثبوت خيار الرؤية ، فإن خيار الرؤية إنما يثبت بعد صحة البيع ، لرفع الجهالة اليسيرة ، لا لرفع الجهالة الفاحشة التى تنافى صحة البيع .

واشتراط تعيين المعقود عليه قدرا ووصفا ، بيانا دافعا للجهالة ، إنما يكون فى حالة عدم وجود المبيع والثمن تحت نظر المتعاقدين ، أما لو كانا موجودين تحت نظرهما فتكفى فيهما الإشارة لانتفاء الجهالة بها .

وإذا كان أحد المتعاقدين غير مبصر ، لزم لتعيين المبيع والثمن ما يحقق له العلم النافى للجهالة .

والاكتفاء بالإشارة يكون فيما إذا لم يكن المشار إليه ربويا قوبل بجنسه أو سلما اتفاقا ، أو رأس مال سلم ، إذا كان قليلا أو موزونا ، فلا تكفى فيها الإشارة خلافا للصاحبين (وسيأتى بيان ذلك فى بابى الربا والسلم) .

* * *

البيع اللازم

مادة (١٠)

« يشترط للزوم البيع خلوه من الخيارات »[١] .

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٥ ص ١٣٥ ، ٢٢٨

المذكرة الإيضاحية

شرط اللزوم : هو مالا يلزم البيع بدونه ، وإن كان قد ينعقد وينفذ بدونه وحتى يلزم البيع يشترط أن يكون خاليا عن الخيارات التى منها : خيار التعيين وخيار الشرط ، وخيار العيب ، وخيار الرؤية، فلا يلزم البيع مع أحد هذه الخيارات .

* * *

حكم البيع

مادة (١١)

« حكم البيع ثبوت الملك فى البدلين »[١]

المذكرة الإيضاحية

ثبوت الملك فى البدلين ـ ومعناه انتقال ملكية المبيع إلى المشترى، وملكية الثمن إلى البائع ـ هو الحكم الأصلى للبيع ، ويتبع ذلك وجوب تسليم المبيع والثمن وثبوت الشفعة فى العقار ، ونحو ذلك من الحقوق التابعة لحكم العقد .

* * *

---

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٦ ، بدائع الصنائع ج ٥ ص ٢٣٣ .

بيع المكره

مادة (١٢)

(ا) بيع المكره منعقد وليس بلازم ، وللمكره الامضاء أو الفسخ ، ولا يبطل حق الفسخ بموت أحد العاقدين

(ب) إن قبض المشترى المبيع ملكه وتلزمه قيمته .

(ج) وإن قبض المكره الثمن أو سلم المبيع طوعا لزم البيع وإن قبضه مكرهاً لا يلزم وعليه رده ، ولا يضمن إن هلك في يده لأنه أمانة[١] .

المذكرة الإيضاحية

الإكراه لغة : حمل الإنسان على شيء يكرهه .

وشرعاً : فعل يوجد من المكره (بكسر الراء) فيحدث في المحل (المكرَه) معنى يصير به مدفوعاً إلى الفعل الذى طلب منه .

---

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٧ ، جـ ٣ ٨٣ ، ٨٤ ، ٨٥ (باب الإكراه) .

والبيع بالإكراه ينعقد ولكنه ليس بلازم ، وللمكرَه فسخ ما عقد ، ولا يبطل حق الفسخ بموت أحدهما (أى المكرِه والمكرَه) فيقوم ورثة كل مقامه كورثة المشترى ، ولا بموت المشترى ، ولا بالزيادة المنفصلة ، وتضمن هذه الزيادة بالتعدى ، وكذا الزيادة المتصلة المتولدة كالسِّمَن ، وأما غير المتولدة كصبغ وخياطة ثوب فتمنع الاسترداد إلا برضا المشترى ، وكذا لا يبطل حق الفسخ لو فعل المشترى فى المبيع فعلا ينقطع به حق المالك ، كما لو كان حنطه فطحنها ، ويسترد المبيع وإن تداولته الأيدى ؛ لأن الاسترداد فيه لحقه لا لحق الشرع ، وله إمضاؤه ؛ لأن الإكراه الملجىء ، وغير الملجىء يعدمان الرضا ، والرضا شرط لصحة العقد ولزومه ، فلذا صار له حق الفسخ والإمضاء.

وإن قبض المشترى المبيع بالإكراه ملكه ، وكل تصرف منه فى المبيع لا يمكن نقضه يصح وتلزمه القيمة ، كما لو كان خبزاً فأكله ، وكل تصرف منه يمكن نقضه لا يصح كالبيع والهبة والصدقة .

وقبض المكرَه الثمن أو تسليمه المبيع طوعاً يترتب عليه نفاذ البيع بمعنى لزومه ، لأن عقود المكرَه نافذة ، والمعلق على الرضا والإجازة هو اللزوم لا نفاذه ، إذ اللزوم أمر وراء النفاذ .

وإن قبضه مكرهاً لا يلزم ، ورده إن بقى فى يده لفساد العقد ، وإن هلك الثمن فى يده لا يضمنه لأنه أمانة ؛ لأخذه بإذن المشترى .

* * *

بيع الهازل :

مادة (١٣)

« بيع الهازل لا ينعقد »[1]

المذكرة الإيضاحية

الهزل فى اللغة : اللعب .

وفى الإصطلاح : هو أن يراد بالشىء مالم يوضع له ، ولا ما صح له اللفظ استعارة .

والهازل يتكلم بصيغة العقد مثلا باختياره ورضاه، لكنه لا يختار ثبوت الحكم ولا يرضاه ، والاختيار هو القصد إلى الشىء وإرادته ، والرضا هو إيثاره واستحسانه، فالمكرَه على الشىء يختاره ولا يرضاه .

وشرط تحقق الهزل واعتباره فى التصرفات : أن يكون صريحاً باللسان مثل أن يقول : إنى أبيع هازلا ، ولا يكتفى بدلالة الحال ، إلا أنه لا يشترط ذكره فى العقد ، فيكفى أن تكون المواضعة — وهى أن يتفقا على شىء ويظهرا خلافه — سابقة على العقد .

وهو ثلاثة أقسام : لأنه إما أن يكون الهزل فى أصل العقد ، أو فى قدر الثمن ، أو جنسه .

---

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٧ ، ٢٥٥ .

قال فى المنار : فإن تواضعا على الهزل بأصل البيع ، واتفقا على البناء (أى بناء العقد على المواضعة) يفسد البيع ، لعدم الرضا بالحكم، فصار كالبيع بشرط الخيار المؤبد (أى فلا يملك بالقبض) .

وإن اتفقا على الإعراض ، بأن قالا ـ بعد البيع ـ : قد أعرضنا وقت البيع عن الهزل إلى الجد ، فالبيع صحيح والهزل باطل .

وإن اتفقا على أنه لم يحضرهما شىء عند البيع من البناء أو الإعراض، أو اختلفا فى البناء على المواضعة ، والإعراض عنها : فالعقد صحيح عند أبى حنيفة فى الحالين لجمل صحة الإيجاب أولى لأنها الأصل ، وخالفه الصاحبان لأنهما اعتبرا المواضعة إلا أن يوجد ما يناقضها :

* * *

الثمن

مادة (١٤)

الثمن ما تراضى عليه المتعاقدان فى مقابلة المبيع سواء زاد على القيمة أو قل .

والقيمة هى ما قوم به الشىء من غير زيادة ولا نقصان »[١]

* * *

مادة (١٥)

« يكون البيع بثمن حال ، ويجوز بثمن مؤجل إلى أجل

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ٥٣ .

معلوم إذا كان الثمن ديناً ، أو بخلاف جنس المبيع ، ولم يجمعهما قدر »[1] .

المذكرة الإيضاحية

الأصل فى الثمن أن يكون حالا، لأن الحلول مقتضى العقد وموجبه، والأجل لا يثبت إلا بالشرط ، وقيد بالثمن لأن تأجيل المبيع المعين لا يجوز ويفسده (بحر) .

والثمن قد يكون نقوداً ، أو سلفاً ، أو مقدرات . ويلاحظ أن كلا من النقدين ثمن أبداً ، والعين الغير مثلى مبيع أبداً ، وكل من المكيل والموزون الغير النقد، والعددى المتقارب إن قوبل بكل من أى النقدين كان مبيعاً ، أو قوبل بعين، فإن كان ذلك المكيل والموزون المتقارب متعيناً كان مبيعاً أيضاً ، وإن كان غير معين . فإن دخل عليه حرف الباء مثل : اشتريت هذا الشىء بكيلة حنطة كان ثمناً ، وإن استعمل استعمال المبيع كان سلماً ، مثل : اشتريت منك كيلة حنطة بهذا القدر من المال ، فلابد من رعاية شرائط السلم (غرر الأذكار) .

وكما يصح البيع بالثمن الحال يصح بالثمن المؤجل بشرط أن يكون الأجل معلوماً ، لأن جهالة الأجل تفضى إلى النزاع فى التسلم

(١) ابن عابدين : جـ ٤ ص ٢٣ ، ٢٦ .

والتسليم ، وأن يكون البيع بثمن دين ، فلو بعين فسد (فتح) والمراد بالدين : مايصح أن يثبت فى الذمة سواء كان نقداً أو غيره ، وبالعين ماقابله ، وأن يكون البيع بخلاف جنسه ولم يجمعهما قدر أو كان بخلاف جنسه وجمعهما قدر ، فإنه لايصح التأجيل لمـا فيه من ربا النسيئة .

* * *

مادة (١٦)

« يصرف الأجل إلى العرف إذا كان الثمن مؤجلا ولم يسم الأجل »(١) .

المـذكـرة الإيضـاحيـة

لو كان البيع بثمن مؤجل بلا بيان مدة ، بأن قال : بعتك بدرهم مؤجل ، صرف الأجل إلى شهر ، لأن المعهود فى الشرع : فى السلم واليمين فى « ليقضين دينه آجلا » (بحر) وبه يفتى ، ولأن العرف جرى على ذلك . وعند البعض صرف الأجل لثلاثة أيام (بحر عن شرح المجمع) قال ابن عابدين : ويشكل على القولين أن شرط صحة

---

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ٢٤ .

التأجيل أن يعرفه العاقدان . ولذا لم يصح البيع بثمن مؤجل إلى النيروز والمهرجان وصوم النصارى ، إذا لم يعلمه العاقدان (وسيأتى بيان ذلك فى البيع الفاسد :

تنبيه :

لما كان هذا التقدير فى الرأى الأول مبناه على العرف ، وقد اختلف العرف فى عصرنا ، وشان العرف الاختلاف فى كل عصر ، فقد رأت اللجنة (لجنة المراجعة) أن يراعى العرف الحاضر تطبيقاً لما جرى عليه الفقهاء فى عصرهم .

* * *

مادة (١٧)

« إذا اختلف المتعاقدان فى أصل الأجل فالقول لمن ينفيه ؛ وإذا اختلفا فى قدره فالقول لمدعى الأقل ، والبينة فيهما للمشترى ، وإن اختلفا فى انتهاء الأجل ، فالقول والبينة للمشتري »[1] .

المذكرة الإيضاحية

إذا اختلف البائع والمشترى فى الأجل ، فالقول لمن ينفى الأجل ،

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٢٣ ، ٢٤

وهو البائع ، لأن الأصل عدم التأجيل إلا فى السلم فإن القول لمثبت الأجل ، لأن نافيه يدعى فساده بفقد شرط صحته وهو التأجيل ، ومدعيه يدعى صحته بوجوده ، والقول لمدعى الصحة (وبه يفتى) .

ولو اختلفا فى مقدار الأجل ، فالقول لمدعى الأقل لإنكاره الزيادة والبينة فى المسألتين للمشترى ، لأنه يثبت خلاف الظاهر والبينات للإثبات .

ولو اختلفا فى انتهاء الأجل ، فالقول والبينة للمشترى ، لأنهما لما اتفقا على الأجل ، فالأصل بقاؤه ، فكان القول للمشترى فى عدم انتهائه ، ولأنه منكر توجه المطالبة ، وأما تقدم بينته على بينة البائع، فعلله فى البحر عن الجوهرة ، بأن البينة مقدمة على الدعوى اهـ . وهو مشكل فإن شأن البينة إثبات خلاف الظاهر ، وهو هنا دعوى البائع على أن بينة المشترى على عدم المضى شهادة على النفى ، وقد يجاب عن الثانى بأنه إثبات فى المعنى ، لأن المعنى أن الأجل باق ، وحينئذ فوجه تقديم بينته كونها أكثر إثباتاً ، ويدل له ما سيأتى فى السلم ، من أنهما لو اختلفا فى مضى الأجل فالقول للمسلم إليه بيمينه ، وإن برهنا فبينته أولى ، وعلله فى البحر بإثباتها زيادة الأجل قال : فالقول قوله والبينة بينته .

* * *

مادة (١٨)

« يبطل الأجل بموت المشترى لا البائع »[1] .

المذكرة الإيضاحية

التأجيل لصالح المشترى ، وفائدته أن المدين قد يتجر فيؤدى الثمن من نماء المال ، فإذا مات المشترى تعين المتروك من أمواله لقضاء الدين فلا يفيد التاجيل .

ولو مات البائع لا يبطل الأجل (بحر عن شرح المجمع) .

* * *

مادة (١٩)

« يبدأ الأجل من وقت تسليم المبيع إذا كان البيع باتا ، وإن كان بالخيار وقت سقوط الخيار »[2] .

المذكرة الإيضاحية

(ا) إذا كان الثمن مؤجلا ، يبدأ الأجل من وقت تسليم المبيع

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ٢٤

(٢) ابن عابدين جـ ٤ ص ٢٦

إذا كان البيع باتاً ، ومدة الأجل إما أن تكون : منكرة ، أو معينة .

فان كانت منكرة ومنع البائع السلعة عن المشترى كان للمشترى مدة أخرى من وقت تسلم المبيع تحصيلا لفائدة التاجيل ، وهى التصرف فى المبيع وإيفاء الثمن من ربحه مثلا .

أما إذا كانت المدة معينة فليس للمشترى الحق فى طلب مدة أخرى ، لأنه لما عين الأجل تعين حقه فيما عين فلا يثبت فى غيره .

وكذلك الحكم إذا لم يمنع البائع السلعة عن المشترى ، وهذا بالاتفاق لأن الإهمال من المشترى .

(ب) وإن كان البيع بالخيار ، فابتداء الأجل عند أبى حنيفة يكون من وقت سقوط الخيار ، لأن ذلك وقت استقرار البيع .

* * *

مادة (٢٠) :

« الثمن المسمى قدره لا وصفه ينصرف إلى غالب نقد بلد العقد وقت التعاقد »[١]

---

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٢٧ ، ٢٨

المذكرة الإيضاحية

إذا اتفق البائع والمشترى على مقدار الثمن ، ولم يتعرضا لوصفه اعتبر غالب نقد بلد العقد ، لأن المعتبر هو مكان العقد ؛ نظرا لاختلاف مالية البلاد كسادا ورخصاً ، وكما يعتبر المكان ، يعتبر زمن العقد أيضاً ، ولا يعتبر زمن الإيفاء ؛ لأن القيمة فيه مجهولة وقت العقد .

وإذا كان فى البلد نقود مختلفة ، فإما أن يكون .

١ — الاختلاف فى المالية والرواج :

٢ — أو فى المالية دون الرواج .

٣ — أو الرواج دون المالية .

٤ — أو لا يكون فى شيء منهما بل فى مجرد الإسم كالمصرى والدمشقى ؛

فان كان الأول جاز البيع وانصرف إلى الأروج :

وإن كان الثانى لا يجوز ؛ لأن الجهالة توقعهما فى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم .

وإن كان الثالث يجوز وينصرف إلى الأروج تحرياً للجواز .

وإن كان الرابع فكذلك يجوز لأن الجهالة ليست موقعة فى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم .

* * *

بيع الجزاف :

مادة (٢١)

« يصح البيع مكايلة ، ويصح مجازفة إذا كان بخلاف جنسه ، أو بجنسه ولم يجمعهما قدر ، كما يصح بما لا يعرف مقداره من كيل أو وزن »[١] .

المـذكـرة الإيضـاحيـة

المكايلة : أن يكيل البائع للمشترى ، ويكيل المشترى له ، وبيع الطعام والحبوب مكايلة جائز سواء كان البيع بجنسه ، أو بخلاف جنسه .

والمجازفة : بيع الطعام والحبوب بلا كيل ولا وزن .

فان كان المبيع شيئاً لا يدخل تحت الكيل بان كان قليلا جاز بيعه مجازفة إذ لا رباً فيه .

وإن كان مما يدخل تحت الكيل فإنه يجوز إذا كان البدلان مختلفى الجنس ، أما إذا اتحد الجنس فلا يجوز مجازفة ، لاحتمال التفاضل (الزيادة) وهذا يؤدى إلى الربا ، إلا إذا ظهر تساويهما فى القدر فإنه يجوز .

---

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ٢٨ ، فتح القدير جـ ٥ ص ٨٥ ، ٨٦

والبيع بإناء وحجر لا يعرف مقدارهما صحيح ، وهو من بيع المجازفة ، والبيع بهما جائز غير لازم ، وللمشترى الخيار (خيار كشف الحال) . وإنما جاز البيع ، لأن الجهالة المـانعة هى التى تفضى إلى المنازعة ، والجهالة هنا ليست كذلك ، لأن التسليم فى البيع متعجل وصحة البيع مقيدة بالتعجيل فيبدر هلاك كل منهما قبل التسليم .

ويشترط لبقاء عقد البيع على الصحة ، بقاء الإناء والحجر على حالهما ، فلو تلفا قبل التسليم فسد البيع ، لأنه لا يعلم مقدار ما باعه منه .

ويشترط أيضاً ألا يحتمل الإناء النقصان ، بأن كان لا ينقبض ولا ينكبس كأن يكون من خشب أو حديد . فإن ينقبض أو ينكبس كالزنبيل والجوالق فلا يجوز إلا فى قرب الماء استحساناً للتعامل خلافاً لأبى حنيفة .

وألا يحتمل الحجر التفتت وهذا مروى عن أبى يوسف حتى لا يجوز بوزن هذه البطيخة لأنها تنقص بالجفاف ، وعول بعضهم على ذلك ، وليس بشىء ، فإن البيع بوزن حجر بعينه لا يصح إلا بشرط تعجيل التسليم ، ولا جفاف يوجب نقصاناً .

فإن احتمل الحجر التفتت لم يجز البيع .

* * *

بيع المثلى والقيمى :

مادة (٢٢) :

« إذا لم تختلف قيمة المكيل أو المعدود المتقارب أو الموزون ، وكان من جنس واحد يصح البيع فيما عين قدره وثمنه .

ويصح فى الكل إذا عين مقداره أو ثمنه »[١] .

المذكرة الإيضاحية

المكيل أو الموزون أو المعدود إذا لم تختلف قيمته . اذا سمى البائع لكل قدر من الكيل أو العدد أو الوزن ثمناً ، بأن قال مثلا : فيما اذا كان المبيع مكيلا — كل أردب من هذا القمح بخمسة جنيهات ، فإنه يصح البيع فيما سمى قدره وثمنه ، وهو الإردب دون غيره . وللمشترى الخيار ، لتفرق الصفقة عليه ويسمى « خيار كشف الحال » وليس للبائع خيار (نهر) « وفى البحر » ولم يذكر الخيار على قول أبى حنيفة ، قالوا وله الخيار فى الواحد ، كما إذا رأى ولم يكن رآه

---

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ٢٨ ، ٢٩

وقت البيع ثم نقل عن «غاية البيان» أن لكل منهما الخيار قبل الكيل ، وذلك لأن الجهالة قائمة ، أو لتفرق الصفقة ، ثم قال : وصرح في البدائع بلزوم البيع فى الواحد وهو الظاهر ، وعند الصاحبين (أبو يوسف ومحمد) البيع فى الكل لازم ولا خيار .

وإذا عين المقدار بأن قال مثلا : هذه عشرون أردباً من القمح ايعها كل أردب بخمسة أو سمى ثمن الجميع فانه يصح البيع فى الكل إن كيلت فى المجلس . لزوال المفسد . وهو جهالة الثمن قبل ثبوته بانقضاء المجلس ، ولا خيار له إن كانت التسمية عند العقد ، أما إن كانت بعد العقد فله الخيار عند الصاحبين ، وبه يفتى ، فإن رضى المشترى يلزم البيع بلا رضا البائع .

* * *

مادة (٢٣) :

« يصح البيع فى كل المبيع إذا كان معدوداً متفاوتاً أو فى تبعيضه ضرر ، سواء سمى العدد أو جملة الثمن ، أو سمى لكل عدد أو جزء ثمن »[١] .

---

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٣٠ ، ٣١ ، وفتح القدير ج ٥ ص ٩٠

المعدود المتفاوت كالغنم ، إذا بيع من غير أن تذكر جملة العدد أو جملة الثمن ، وسمى لكل عدد أو جزء ثمن ، يفسد بيعه فى المسمى وفى الكل ، مثاله : رجل عنده قطيع غنم باعه كل شاه بدرهم، فالبيع فاسد فى الجميع عند أبى حنيفة ، وكان المفروض أن يصح البيع فى الواحد قياساً على المكيل ، إلا أن التفاوت يوجد بين الشياه ، وفى ذلك جهالة تفضى إلى المنازعة بخلاف المكيلات . وإن علم عدد الغنم فى المجلس لم ينقلب صحيحاً عنده على الأصح . ولو رضيا انعقد بيعاً بالتعاطى .

ويدخل فى هذا الحكم ما يباع بالذراع كالثياب، وما فى تبعيضه ضرر كالأوانى والمصوغ .

ولو سمى فى صلب العقد عدد الغنم أو الذرع أو جملة الثمن صح البيع اتفاقاً .

وعند أبى يوسف ومحمد البيع جائز فى الكل ، لأن الجهالة بيد المتعاقدين إزالتها ، والجهالة التى هى كذلك لاتفضى إلى المنازعة ، وبقولهما يفتى تيسيراً للناس .

(وقد أخذت اللجنة برأى أبى يوسف ومحمد)

* * *

مادة (٢٤)

« إذا كان المكيل أو الموزون معلوم الكيل أَو الوزن، والثمن، ولم يكن فى تبعيضه ضرر ثم ظهر أنه أقل أو أكثر، فللمشتري الخيار بين أخذ الأقل بحصته من الثمن أو الفسخ، وما زاد فللبائع »[1].

المذكرة الإيضاحية

مثال ذلك، باع قدرا من القمح على أنه مائة قدح بمائة درهم، وعند الكيل وجداها كما حددا تم البيع.

وإن وجداها أقل كان للمشترى الخيار: بين أخذ الموجود بحصته من الثمن؛ لأن الثمن ينقسم بالأجزاء على أجزاء المبيع المثلى، وبين الفسخ، لتفرق الصفقة الموجب لانتفاء البيع بانتفاء الرضا.

وإن وجداها أكثر، فالزائد للبائع، لأن البيع وقع على قدر معين وهو المائة، فما زاد عليه لم يدخل فى العقد، وكل ما وقع على مقدار معين لا يتناول غيره، الا اذا كان وصفاً، والقدر الزائد على المقدار المعين ليس بوصف، فالبيع لا يتناوله، فكان حقاً للبائع، لا يجب عليه

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٣١، ٣٢، فتح القدير ج ٥ ص ٩١، ٩٢

تسليمه ، إلا باعتبار كونه صفقة على حدة ، وكان كل من العاقدين مخيراً فيها ، إن شاء باشرها وان شاء تركها .

* * *

مادة (٢٥)

« إذا بيع عدد محدد من القيمى ، ثم ظهر أنه أقل أو أكثر يفسد البيع ، وإن بين ثمن كل من القيمى ونقص العدد ، خير المشترى بين أخذ الأقل بقيمته أو الترك ، وان زاد فسد البيع »[1] .

المذكرة الإيضاحية

إذا قال البائع للمشترى : بعت لك ما فى هذا الصندوق على أنه عشرة أثواب بمائة جنيه ، أو قال له : بعت لك ما فى هذه الحظيرة من الغنم على أنه مائة بكذا من المال ، ولم يحدد لكل ثوب أو رأس من الغنم ثمناً ، فنقص العدد أو زاد فسد البيع .

أولا : لجهالة الثمن فى النقصان ؛ لأنه لا تنقسم أجزاؤه على أجزاء المبيع القيمى فلم يعلم للثوب الناقص ، أو للرأس من الغنم

---

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٣٣ ، ٣٤

الناقصة حصة معلومة من الثمن المسمى لينقص ذلك القدر منه ، فكان الناقص من الثمن قدرا مجهولا ، فيصير الثمن مجهولا .

وثانياً : لجهالة المبيع فى فصل الزيادة ؛ لأنه يحتاج إلى رد الزائد فيتنازعان فى المردود .

أما لو حدد لكل ثوب أو رأس ثمنا ، بأن قال مثلا : عشرة أثواب بمائة جنيه كل ثوب بعشرة ، ونقص ثوب صح البيع فى الباقى بحصة من الثمن ، وخير المشترى بين أخذه أو الترك ؛ لتفرق الصفقة ، وإن زاد ثوب فسد لجهالة المزيد ، فتقع المنازعة فى تعيين العشرة المبيعة من الأحد عشر (نهر) . ولو رد الزائد أو عزله عن المبيع هل يحل له الباقى ؟ روى عن محمد أنه إن كان البائع غائبا يعزل الزائد ويستعمل الباقى وهذا استحسان أخذ به محمد نظرا للمشترى ؛ لأنه عند غيبة البائع يلزم الضرر على المشترى بعدم الانتفاع بالمبيع لحين حضور البائع ، وربما لا يحضر أو تطول غيبته وإن كان البائع حاضرا فلا مكان للعزل ؛ لأنه يمكن تجديد العقد .

* * *

ما يدخل فى البيع تبعا وما لا يدخل :

مادة (٢٦)

« كل ما يتناوله اسم المبيع عرفا ، أو كان متصلا به

اتصال قرار يدخل فى البيع تبعاً بلا ذكر ، ولا يقابله شيء من الثمن »[1] .

المذكرة الإيضاحية

تضمنت هذه المادة أن هناك أشياء تدخل فى البيع تبعاً بلا ذكر دون أن يقابلها شيء من الثمن .

وبنيت هذه المادة على قاعدتين :

١ — كل ماهو متناول اسم المبيع عرفاً .

٢ — كل ما كان متصلا بالمبيع اتصال قرار، وهو ماوضع لأجل ألا ينفصل .

وبناء على ذلك يدخل فى بيع الدار : البناء ، والمفاتيح المتصلة أغلاقها ، والسلم المتصل والعلو ، والكنيف ، والسرير ، والرحى — لو أسفلها مبنياً — والبكرة . لا الدلو ، والحبل مالم يقل بمرافقها فيدخلان ، والحجارة المخلوقة ، والمثبتة فى الأرض والدار لا المدفونة .

وفى الذخيرة : الأصل أن مالا يكون من بناء الدار ، ولا متصلا بها لايدخل ، إلا إذا جرى العرف بأن البائع لايمنعه عن المشترى .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٣٤ ، ٣٥ ، ٣٦

ويدخل فى بيع الأرض الشجر مثمر أو غير مثمر ، لاتصاله بها اتصال قرار ، إلا اذا كان يابساً ، فلا يدخل ، لأنه على شرف القطع .

ولا يدخل الزرع مع اتصاله ، لأنه متصل على ان ينفصل .

وقد يدخل بعض المنقول المنفصل ، إذا كان تبعاً للمبيع بحيث لاينتفع به إلا به ، فيصير كالجزء ، كولد البقرة الرضيع ، وقد يدخل عرفاً كقلادة الدابة .

ولا يقابل كل هذا شيء من الثمن لكونه كالوصف ، والثمن فى مقابلة الأصل والوصف .

* * *

مادة (٢٧)

« ما لا يتناوله اسم المبيع عرفا ، وليس متصلا به اتصال قرار ، يدخل فى البيع بذكره ، إن كان من حقوق المبيع ومرافقه »[١] .

المذكرة الإيضاحية

المادة السابقة (٢٦) بنيت على قاعدتين بمقتضاها يعرف مايدخل

(١) ابن عابدين جـ٤ ص ٣٥ ، ٣٨ ، ٣٩

فى البيع تبعاً ، وهذه المادة تضمنت حكم ما لم يندرج تحت هاتين القاعدتين فبينت أن مالا يتناوله اسم المبيع ، وليس متصلا به ، إن كان من حقوق المبيع ومرافقه يدخل فى البيع بذكره ، وإن لم يكن كذلك ، لا يدخل وإن ذكره .

والحقوق والمرافق بمعنى واحد ، والحق ماهو تبع للمبيع ، ولا بد له منه ، ولا يقصد إلا لأجله . كالطريق ، والشرب ، والأرض ، فهذه من حقوق المبيع فلا يتناولها البيع إلا بذكرها .

وإن لم يكن من حقوقه لا يدخل ولو ذكر ، فلا يدخل الثمر بشراء شجر ، لأنه وإن كان اتصاله خلقياً فهو للقطع لا البقاء ، إلا إذا قال : بكل مافيها أو منها ، لأنه حينئذ يكون من المبيع .

وعلى هذا لا يدخل الزرع فى بيع الأرض بلا تسمية إذا نبت وكان له قيمة . أو لم ينبت سواء كانت له قيمة أولا ، أما إذا نبت ولا قيمة له ، فيدخل فى الأصح .

وكذلك لا يدخل الثمر فى بيع الشجر بدون تسمية أيضاً ، ويؤمر البائع بقطعهما وتسليم المبيع وإن لم يظهر صلاحهما ، لأن ملك المشترى مشغول بملك البائع فيجبر على تسليمه فارغا . وهو المختار . وفى جامع الفصولين ، لا يقطع إن رضى المشترى ببقائه بأجر مثل الأرض .

* * *

حقوق المبيع :

مادة (٢٨)

تدخل جميع المرافق بدون ذكر فى الإجارة ، والوقف ، والرهن ، ولاتدخل وان ذكرت فى القسمة إلا برضى صريح ،[1]

المذكرة الإيضاحية

تقدم فى المادة السابقة (٢٧) أن المرافق تدخل فى البيع بذكرها وهذه المادة أوضحت أن المرافق كالطريق والمسيل إذا لم يكن فى ملك خاص والشرب تدخل فى الإجارة ، والوقف والرهن بدون ذكر ، لأن الإجارة تعقد للانتفاع بعين هذه الأشياء ، والبيع ليس كذلك ، فإن المقصود منه فى الأصل ملك الرقبة لاخصوص الانتفاع ، بل إما الملك ، أو ليتجر فيها ، أو يأخذ نقضها (نهر)

قال الزيلعى : ألا ترى أنه لو استاجر الطريق من صاحب العين ، لايجوز ، يعنى لعدم الانتفاع به بدون العين ، فتعين الدخول فيها .

ولا تدخل فى القسمة وإن ذكر الحقوق والمرافق إلا برضاً صريح ، (نهر عن الفتح) .

وحاصل مافى الفتح : أنهما إذا اقتسما ، ولأحدهما على الآخر مسيل

---

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٩٩

أو طريق ، ولم يذكر الحقوق لاندخل ، لكن إن أمكن له إحداثها في نصيبه ، فالقسمة صحيحة ، وإلا فلا ، بخلاف الإجارة لأن الأجر إنما يستوجب الأجر ، اذا تمكن المستأجر من الانتفاع ، ففي إدخال الشرب توفير المنفعة عليها ، وإن ذكر الحقوق في القسمة دخلت إن لم يمكنه إحداثها لا إن أمكن إلا برضاً صريح ، لأن المقصود بالقسمة تمييز الملك لكل منهما ، لينتفع به على الخصوص ، بخلاف البيع فإن الحقوق تدخل بذكر وإن أمكن إحداثها ، لأن المقصود منه إيجاد الملك .

* * *

بيع الثمر مقصودا :

مادة (٢٩)

« يصح بيع الثمر على الشجر إن ظهر ، وإن لم يتم نضجه ، ويجبر المشتري على قطعه في الحال ، وإن اشترط البقاء فسد البيع إلا إذا تناهى نضجه »[1] .

المذكرة الإيضاحية

المادتان السابقتان (٢٦ — ٢٧) تضمنتا حكم مايدخل في البيع تبعاً ، ومنه الثمر على الشجر .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٣٩ ، ٤٠ ، ٤١

وهذه المادة تضمنت حكم بيع الثمر مقصوداً

فالثمر إن ظهر وبرز سواء ظهر صلاحه أو لا صح بيعه على الأصح .

قال في الفتح : لاخلاف في عدم جواز بيع الثمار قبل أن تظهر ، ولا خلاف في عدم جواز بيعه بعد الظهور قبل بدو الصلاح بشرط الترك ، ولا خلاف في جواز البيع قبل بدو الصلاح بشرط القطع فيما ينتفع به ، ولا خلاف في الجواز بعد بدو الصلاح .

(وبدو الصلاح أن تؤمن العاهة والفساد) :

فبيع الثمر قبل ظهوره لايصح اتفاقا ، ولو برز البعض دون البعض لايصح في ظاهر المذهب ، وأفتى الحلواني بالجواز لو كان الخارج أكثر (زيلعي) . وقال السرخسي : الأصح أنه لايجوز ، لأنه لاضرورة هنا ، لأنه يمكن بيع الأصول ، أو يشترى الموجود ببعض الثمن ، ويؤخر العقد في الباقي إلى وقت ظهوره ، أو يشترى الموجود بجميع الثمن ويباح له الانتفاع بما يحدث منه ، فيحصل مقصوهما ، فلا ضرورة إلى تجويز العقد في المعدوم مصادماً للنص ، وهو نهي للنبي — صلى الله عليه وسلم — عن بيع ماليس عند الإنسان ورخص في السلم .

نقل هذا ابن عابدين ثم قال : وفي هذا الزمن لايخفى تحقق الضرورة ، فإن لغلبة الجهل لايمكن إلزام الناس بالتخلص بأحد الطرق المذكورة ، وفي نزعهم عن عادتهم حرج وظاهر كلام الفتح

الميل إلى الجواز ، وروى رواية عن محمد بجواز بيع الورد على الأشجار .

وإذا تم البيع وجب على المشترى قطع الثمرة فى الحال ، ويجبر على ذلك إذا طلب البائع تفريغ ملكه ، ويفهم من قوله « ويجبر » أنه لاخيار للمشترى فى إبطال البيع إذا امتنع البائع عن إبقاء الثمار على الأشجار .

وإن اشترط المشترى بقاء الثمر على الشجر فسد البيع ، لأنه شرط لايقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير .

وقال محمد : إذا تناهت الثمرة (أى تم نضجها) لايفسد البيع للتعارف ، فكان شرطاً يقتضيه العقد ، وبه يفتى .

هذا الحكم إذا اشترط المشترى ، ترك الثمرة على الشجر ، أما لو اشتراها مطلقا وتركها بإذن البائع طاب له الزيادة ، وإن كان بغير إذنه تصدق بما زاد فى ذاتها ، وإن بعد ماتناهت لم يتصدق بشيء .

* * *

الاستثناء من العقد :

مادة (٣٠)

« ما جاز إيراد العقد عليه بانفراده صح استثناؤه منه »[١].

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٤٢

المذكرة الإيضاحية

إذا استثنى أرطال معلومة من بيع ثمر نخل ، أو شاة معينة من بيع قطيع غنم ، فهذا صحيح ، لصحة إيراد العقد على الشاة ، والأرطال المعلومة .

* * *

مؤنة تسليم المبيع والثمن :

مادة (٣١)

« ما كان من تمام تسليم المبيع ، فأجرته على البائع ، ووزن الثمن ونقده على المشترى ، وتكون على البائع ، إن قبض الثمن ورده بعيب الزيافة[1] ».

المذكرة الإيضاحية

ما كان من تمام تسليم المبيع : كأجرة الكيل ، والوزن ، والعد ، والذرع ، على البائع إذ لا يتحقق تسليم المبيع إلا بكيله ووزنه — الخ ، ومعلوم أن الحاجة إلى هذا ، إذا باع مكايلة

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ٤٣

او موازنة ، إذ لايحتاج إلى ذلك فى بيع المجازفة ، وكذا صب الحنطة فى وعاء المشترى فأجرته على البائع .

واجرة وزن الثمن على المشترى باتفاق ، أما أجرة نقده فكونها على المشترى هو ظاهر الرواية ، وبه كان يفتى الصدر الشهيد وهو الصحيح ، لأنه يحتاج إلى تسليم الجيد ، وتعرفه بالنقد ، كما يعرف المقدار بالوزن .

أما إذا قبض البائع الثمن ثم جاء يرده بعيب الزيافة ، فان أجرة النقد على البائع لأنه من تمام التسليم ، وشرط لثبوت الرد ، إذ لاتثبت زيافته إلا بنقده .

. . .

أجر الدلالة :

مادة (٣٢)

« أجرة الدلال إن باع العين بنفسه وبإذن صاحبها على البائع ، ويعتبر العرف إن سعى بين البائع والمشترى ، وباع المالك بنفسه »[١] .

---

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٤٣ ، ٤٤

المذكرة الإيضاحية

الدلال : هو من يقوم بدور الوساطة بين البائع والمشترى لإتمام الصفقة ، فإذا تولى هو البيع بإذن صاحب السلعة ، فأجرته على صاحب السلعة ، وليس له أخذ شيء من المشترى لأنه هو العاقد حقيقة (شرح الرهبانية) وظاهره أنه لايعتبر العرف هنا ، لأنه لاوجه له .

أما إن سعى بين البائع والمشترى ، وباع المالك السلعة بنفسه فيعتبر العرف ، فتكون أجرته إما على البائع أو المشترى أوعليهما معا .

• • •

كيفية التسليم والتسلم :

مادة (٣٣)

« يسلم الثمن أولا إذا كانت السلعة حاضرة ، وكان الثمن نقداً ، ولم يكن مؤجلا ولا خيار للمشترى .

فإن كان بيع السلعة بمثلها أو الثمن بمثله سلماً معاً »[١] .

المذكرة الإيضاحية

بيع السلعة إما يكون بثمن نقدى أو بمثلها ، فإن كان بثمن نقدى فعلى المشترى أن يسلم الثمن أولا للبائع قبل تسلمه المبيع ، ليتعين

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ٤٣ ، ٤٤

حق البائع فى الثمن ، لأنه قد تعين حق المشترى فى المبيع ، فتتحقق المساواة .

وتسليم الثمن أولا مشروط : بكون السلعة حاضرة ، وكون الثمن حالا (غير مؤجل) وألا يكون فى البيع خيار للمشترى ، لأنه لا يطالب بالثمن قبل حلول الأجل ، ولا قبل سقوط الخيار .

أما فى بيع السلعة بمثلها والثمن بمثله سلما معاً ، لاستوائهما فى التعيين .

. . .

مادة (٣٤)

« تسليم المبيع أَو الثمن يكون بالتخلية على وجه يتمكن معه البائع أَو المشتري من القبض بلا مانع ولا حائل »[١] .

المذكرة الإيضاحية

التسليم فى المبيع والثمن يكون بالتخلية ، وهى قبض حكماً لو كانت مع القدرة على القبض بلا كلفة وذلك يختلف بحسب حال المبيع ، ففى نحو : حنطة فى بيت مثلا فدفع المفتاح إذا أمكنه الفتح بلا كلفة قبض،

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٤٤،٤٥

وفى نحو : دار فالقدرة على إغلاقها قبض أى بأن تكون فى البلد فيما يظهر ، وفى نحو : بقر فى مرعى ، فكونه بحيث يرى ويشار إليه قبض ، وفى نحو ثوب ، فكونه بحيث لو مد يده تصل إليه قبض، وفى نحو : فرس أو طير فى بيت ، إمكان أخذه منه بلا معين قبض .

ويشترط ألا يكون هناك مانع بأن يكون المبيع مفرزاً غير مشغول بحق الغير ، وألا يكون هناك حائل ، بأن يكون المبيع فى حضرته .

وشرط صاحب كتاب الأجناس شرطا ثالثا ، وهو أن يقول : خليت بينك وبين المبيع فلو لم يقله ، أو قال : خليت وكان بعيداً لم يصر قابضا ، والمراد بالبعيد مالا يقدر على قبضه بلا كلفة .

• • •

حبس المبيع لاستيفاء الثمن :

مادة (٣٥)

« للبائع أن يحبس المبيع حتى يقبض الثمن ، إلا إذا أحيل به أو أجله بعد البيع ، أو سلم المبيع للمشترى .

ولا يسقط حق الحبس بالرهن ، أو بالكفيل ، أو بإبراء البائع المشترى عن بعض الثمن »[١] .

---

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ٤٤

للبائع حبس المبيع حتى يستوفى كل الثمن من المشترى ، فلو شرط المشترى دفع المبيع إليه قبل نقد الثمن فسد البيع ، لأنه شرط لا يقتضيه العقد .

وقال محمد : فسد البيع لجهالة الأصل ، فلو سمى وقت تسليم الثمن جاز .

وللبائع أيضاً حبس المبيع ولو بقى درهم واحد من الثمن .

ولو كان المبيع شيئين بصفقة واحدة سمى لكل ثمناً ، فله حبسهما إلى استيفاء ثمن الكل ، منعاً لتفرق الصفقة .

ولا يسقط حق الحبس بالرهن ، ولا بالكفيل ، ولا بإبراء البائع المشترى عن بعض الثمن حتى يستوفى الباقى .

ويسقط حق الحبس بحوالة البائع على المشترى بالثمن اتفاقاً مثل : كأن يكون البائع مديناً لرجل فيحصل ذلك الرجل على المشترى فيأخذ دينه من الثمن ، وكذا إذا أحال المشترى البائع بالثمن على رجل عند أبى يوسف ، وعن محمد روايتان سقوط الحبس وعدم سقوطه .

ويسقط الحبس أيضاً بتأجيل الثمن بعد البيع ، وبتسليم البائع المبيع للمشترى قبل قبض الثمن ، فليس له بعد قبض المشترى المبيع

رده إليه . أما لو قبض المشترى المبيع بغير إذن البائع فلا يسقط حق الحبس ، إلا إذا رأى البائع المشترى وهو يأخذ المبيع ولم يمنعه من القبض ، لأن فى هذه الحالة يكون إذناً منه للمشترى بقبضه .

. . .

إفلاس المشترى وموته قبل دفع الثمن :

مادة (٣٦)

« إذا مات المشترى مفلساً بعد قبض المبيع وقبل دفع الثمن ، يكون الثمن ديناً على التركة ، ويتقاسم البائع مع باقى الدائنين قسمة الغرماء »[١] .

المذكرة الإيضاحية

إذا قبض المشترى المبيع ولم يدفع الثمن ومات مفلساً بمعنى أنه ليس له مال يفى ما عليه من الديون ، سواء فلسه القاضى أو لا ، فالبائع أسوة للغرماء ، بمعنى أن المبيع لو كان قائماً لا يطالب البائع به . بل يكون المبيع بينه وبين سائر الغرماء يقتسمونه بنسبة مال كل منهم قبل المشترى .

---

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ٤٦

وإن كان المشترى لم يقبض المبيع ، فالبائع أحق به ، يحبسه عنده حتى يستوفى الثمن من مال الميت ، أو يبيعه القاضى ويدفع له الثمن ، فان وفى بجميع دين البائع فيها ، وإن زاد دفع الزائد لباقى الغرماء ، وإن نقص فهو أسوة للغرماء فيما بقى له من الثمن :

وليس المراد بكونه أحق به ، أن يأخذه مطلقاً إذ لاوجه لذلك ، لأن المشترى ملكه وانتقل بعد موته لورثته وتعلق به حق غرمائه . وإنما كان أحق من باقى الغرماء ؛ لأنه كان له حق حبس المبيع إلى قبض الثمن فى حياة المشترى ، فكذا بعد موته .

* * *

هلاك المبيع :

مادة (٣٧)

(ا) إذا هلك المبيع قبل قبضه بآفة سماوية أو بفعل البائع أو المبيع بطل البيع .

(ب) وإن هلك بفعل المشترى فعليه ثمنه إن كان الخيار له أو كان البيع مطلقا . أو ضمان مثله أو قيمته إن كان الخيار للبائع أو كان البيع فاسداً .

(جـ) وإن هلك بفعل أجنبي فالضمان عليه، وخير المشترى بين الفسخ والإجازة[1].

المذكرة الإيضاحية

لو هلك المبيع بفعل البائع أو المبيع أو بأمر سماوى بطل البيع، ويرجع المشترى على البائع بالثمن لو كان قد قبضه.

وإن هلك بفعل المشترى فعليه ثمنه إن كان البيع مطلقاً، أو كان الخيار له، أما لو كان الخيار للبائع أو كان البيع فاسداً لزمه ضمان مثله إن كان مثلياً، وقيمته إن كان قيمياً.

وإن هلك بفعل أجنبى، فالمشترى بالخيار، إن شاء فسخ ويضمن الجانى للبائع، وان شاء أمضى البيع ودفع الثمن، وطالب الجانى، ويحل له مازاد عما دفعه إن كان الضمان من خلاف الثمن. أما إذا كان من جنسه فلا تحل له الزيادة لشبهة الربا.

* * *

مادة (٣٨)

« إذا هلك بعض المبيع قبل قبضه سقط من الثمن قدر النقص، وخير المشترى بين الفسخ والإمضاء، وإن كان

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ٤٤

النقصان فى الوصف بآفة سماوية خير بين الأخذ بكل الثمن أو الترك »[1] .

المذكرة الإيضاحية

إن هلك بعض المبيع قبل قبضه ، ان كان بفعل البائع سقط من الثمن قدر النقص سواء كان نقصان قدر أو نقصان وصف ، وخير المشترى بين الفسخ والإمضاء .

وإن كان الهلاك بفعل أجنبى ، فحكمه حكم هلاك المبيع كله (انظر المادة ٣٦) .

وإن كان بآفة سماوية : فإن كان نقصان قدر طرح عن المشترى حصة الفائت من الثمن . وله الخيار فى الثانى إن شاء أخذه بحصته وإن شاء فسخ .

وان كان نقصان وصف لايسقط شىء من الثمن لكنه يخير بين الأخذ بكل الثمن أو الترك (والوصف هنا مايدخل تحت البيع بلا ذكر) . وكذلك الحكم إذا كان الهلاك بفعل المعقود عليه (المبيع) .

. . .

---

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٤٧ ، ٤٨

باب بيع التلجئة :

مادة (٣٩)

بيع التلجئة هو أن يظهر المتعاقدان عقداً لا يريدانه ، وهو كالبيع هزلا ، فإن كانت التلجئة فى نفس المبيع يفسد العقد ، وإن كانت فى الثمن أو فى جنسه انعقد العقد ، وكان الثمن ثمن العلانية ، وثبت لكل منهما الخيار(١) .

المذكرة الإيضاحية

هذا العقد من عقود الضرورة وسموه بالتلجئة لما فيه من معنى الإكراه .

وفيه ثلاث مسائل :

الأولى : أن تكون التلجئة فى نفى البيع مثل أن يخاف على سلعته ظالماً أو سلطانا فيقول : أنا أظهر البيع وليس ببيع حقيقة وإنما هو تلجئة ، ويشهد على ذلك ثم يبيعها فى الظاهر من غير شرط .

---

(١) الاختيار جـ ١ ص ١٩٤

وروى محمد فى الإملاء ، أنه باطل ولم يحك خلافا وهو قول أبى يوسف ومحمد ووجهه أنهما اتفقا على أنهما لم يقصدا العقد فصارا كالهازلين فلا ينعقد .

الثانية : أن تكون فى البدل بأن يتفقا على ألف فى السر ، ويتبايعا فى الظاهر بالفين .

روى المعلى عن أبى يوسف عن أبى حنيفة أن الثمن ثمن العلانية . لأن المذكور فى العقد هو الذى يصح العقد به ، وما ذكراه سراً لم يذكراه حالة العقد فسقط حكمه .

وروى محمد فى الإملاء أن الثمن ثمن السر من غير خلاف وهو قولهما لأنهما اتفقا أنهما لم يقصدا الألف الزائدة فكأنهما هزلا بها .

الثالثة : اتفقا على أن الثمن ألف درهم وتبايعا على مائة دينار .

قال محمد القياس أن يبطل العقد ، والاستحسان أن يصح بمائة دينار، وجه القياس أن الثمن الباطل لم يذكراه فى العقد ، والمذكور لم يقصداه ، فسقط قبض بلا ثمن فلا يصح :

ووجه الإستحسان أن المقصود البيع الجائز لا الباطل ، ولا جائز إلا بثمن العلانية كانهما أضربا عن السر وذكرا الظاهر .

وليس هذا كالمسألة الأولى لأن المشروط سراً مذكورا فى العقد وزيادة ، وتعلق العقد به . ويثبت لهما الخيار فى بيع التلجئة لأنهما

لم يقصدا زوال الملك ؛ فصار كشرط الخيار لهما ، فيتوقف على إجازتهما .

ولو ادعى أحدهما التلجئة لم يقبل قوله إلا ببينة ، لأنه يدعى انفساخ العقد ، ويستحلف الآخر لأنه أنكر .

• • •

بيع الوفاء :

مادة (٤٠)

« هو أن يبيع العين على أنه اذا رد عليه الثمن رد عليه العين »[١] .

المذكرة الإيضاحية

« بيع الوفاء هو أن يبيعه العين بألف على أنه إذا رد عليه الثمن رد عليه العين .

أو أن يقول البائع للمشترى بعت منك هذه العين بما لك من الدين على أنى متى قضيته فهولى .

• • •

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ٢٥٧

مادة (٤١)

البيع وفاء[1] حكمه حكم الرهن . ويترتب على هذا :

« أنه ليس للمشتري أن ينتفع بمنافع المبيع وفاء إلا بإذن البائع » .

وأنه ليس لأى من المتبايعين حق التصرف فى المبيع وفاء إلا برضى الآخر فإذا تصرف المشتري كان للبائع أو ورثته حق استرداد المبيع .

وأنه إذا هلك المبيع وفاء فى يد المشتري سقط الدين فى مقابلته .

المذكرة الإيضاحية

أولا : اختلف فقهاء المذهب فى تكييف بيع الوفاء إلى ثلاثة آراء :

---

(١) ابن عابدين ص ٢٥٧ ، ٢٥٨ .

١ — أن حكمه حكم الرهن وهو الصحيح ، وعليه الأكثر فلا يملكه المشترى ولا ينتفع به إلا باذن مالكه وهو ضامن لما أكل من ثمره وأتلف من شجره ، ويسقط الدين بهلاكه لو يفى ولا يضمن الزيادة ، وللبائع استرداده إذا قضى دينه لافرق بينه وبين الرهن فى حكم من الأحكام .

وفى جامع الفصولين لو بيع كرم بجنب هذا الكرم ، فالشفعة للبائع لا للمشترى ، لأن بيع المعاملة ، وبيع التاجئة ؛ حكمهما حكم الرهن وللراهن حق الشفعة ، وإن كان فى يد المرتهن .

٢ — أنه بيع صحيح مفيد لبعض أحكامه من حل الانتفاع به إلا أنه لايملك بيعه . قال الزيلعى فى الإكراه وعليه الفتوى .

٣ — وهو القول الجامع لبعض المحققين ، أنه فاسد فى حق بعض الأحكام حتى ملك كل منهما الفسخ ، صحيح فى حق بعض الأحكام كحل منافع المبيع ، ورهن فى حق البعض حتى لم يملك المشترى بيعه من آخر ولا رهنه ، وسقط الدين بهلاكه ؛ فهو مركب من العقود الثلاثة ، وجوز لحاجة الناس إليه بشرط سلامة البدلين لصاحبهما ، قال فى البحر ، وينبغى أن يعدل فى الإفتاء عن القول الجامع .

ثانياً : وإذا كان حكمه حكم الرهن فليس لأى من المتبايعين التصرف فى المبيع وفاء إلا برضا الآخر ، فإذا تصرف المشترى كان للبائع أوورثته حق استرداد المبيع ، وهذا على اعتبار أن هذا البيع رهن ، وحتى على القولين القائلين بأنه بيع مفيد للانتفاع به ، فإنه

لايملك المشترى بيعه كذلك ، فإذا باع كرمه وفاء من آخر ، وباعه المشترى بعد قبضه من آخر باتاً وسلمه وغاب فللبائع الأول استرداده من الثانى لأن حق الحبس وإن كان للمرتهن لكن يد الثانى مبطلة ، فللمالك أخذ ملكه من المبطل فإذا حضر المرتهن أعاد يده فيه حتى يأخذ دينه .

وكذلك إذا مات البائع والمشترى الأول والثانى ، فلورثة البائع الأول الأخذ من ورثة المشترى الثانى ، ولورثة المرتهن إعادة يدهم إلى قبض دينه .

وإذا هلك المبيع فى يد المشترى سقط الدين فى مقابلته وهذا إذا كانت قيمة المال المبيع وفاء مساوية للدين ، وإذا كانت قيمة المال ناقصة عن الدين ؛ سقط من الدين بقدر قيمته ، واسترد المشترى الباقى وأخذه من البائع .

وإذا كانت قيمته زائدة عن الدين وهلك فى يد المشترى سقط من قيمته قدر مايقابل الدين وضمن المشترى الزيادة إن كان الهلاك بتعديه .

أما إن كان الهلاك من غير تعد فلا يلزم أداء تلك الزيادة .

• • •

التصرف فى المبيع والثمن قبل القبض :

مادة (٤٢)

« لا يصح بيع ما اشتراه قبل قبضه ، إلا إذا كان عقاراً لا يخشى هلاكه » .[1]

المذكرة الإيضاحية

بيع المشترى العقار الذى لايخشى هلاكه قبل قبضه من البائع ، يصح عند أبى حنيفة وأبى يوسف لعدم الغرر ؛ أى غرر انفساخ العقد على تقدير الهلاك لندرة هلاك العقار .

وقال محمد : لايجوز .

والتعبير بالصحة دون النفاذ واللزوم ، لأن البيع يكون موقوفاً على نقد الثمن ، أو رضا البائع ؛ وإلا فللبائع إبطال بيع المشترى ، وكذا كل تصرف منه يقبل القبض ، إذا فعله قبل القبض أو بعده ، بغير إذن البائع ، لأن قبض المبيع قبل نقد الثمن بلا إذن البائع غير معتبر ، لأن له استرداده وحبسه الى قبض الثمن .

---

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ١٦٩ ، ١٧٠ ، فتح القدير جـ ٥ ص ٢٦٤ ، ٢٦٥

أما بيع المنقول قبل قبضه فإنه لا يجوز ، لأن النبي — ﷺ — نهى عن بيع ما لم يقبض ، ولأن فيه غرر انفساخ العقد الأول على اعتبار هلاك المبيع قبل القبض ، فيتعين حينئذ أنه باع ملك الغير بغير إذنه ، وذلك مفسد للعقد .

وكذلك العقار الذى يخشى هلاكه ، بأن كان علواً أو على شط نهر ، فإنه بمنزلة المنقول من حيث لحوق الغرر بهلاكه ، فلا يصح اتفاقاً .

والأصل « كما فى الفتح » أن كل عقد ينفسخ بهلاك العوض قبل القبض ، لم يجز التصرف فى ذلك العوض قبل قبضه ، كالمبيع فى البيع ، والأجرة إذا كانت عيناً فى الإجازة ، وبدل الصلح عن الدين إذا كان عيناً ، لا يجوز بيع شىء من ذلك ، ولا أن يشرك فيه غيره .

وما لا ينفسخ بهلاك العوض ، فالتصرف فيه قبل القبض جائز كالمهر ، وبدل الخلع ، إذا كان كل منهما عينا ، يجوز التصرف فيه قبل قبضه ، وهذا القول لأبى يوسف .

وقال محمد : كل تصرف لا يتم إلا بالقبض ، كالهبة . والصدقة ، والرهن ، والقرض فهو جائز ، لأنه يكون نائباً عنه ، ثم يصير قابضاً لنفسه .

وعلى هذا فغير البيع من التصرفات التى لا تتم إلا بالقبض ، كالهبة ونحوها ، تجوز اتفاقاً لانتفاء علة المنع .

• • •

مادة (٤٣)

« إذا اشترى مايقدر بالعد ، أو الكيل ، أو الوزن ، بشرط : كيله ، أو عده ، أو وزنه ، فليس له التصرف فيه حتى يتحقق الشرط »[1] .

المذكرة الإيضاحية

قال فى التنوير : اشترى مكيلا ، بشرط الكيل ، حرم بيعه وأكله حتى يكيله ، ومثله الموزون ، والمعدود غير الدراهم والدنانير .

والمراد بالحرمة : الكراهة ، من حديث جابر — رضى الله عنه — أنه — ﷺ « نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان ، صاع البائع ، وصاع المشترى » .

وقال صاحب الدر المختار : وقد صرحوا بفساده — قال ابن عابدين : صرح محمد فى الجامع الصغير بما نصه محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة قال: إذا اشتريت مما يكال أو يوزن أو يعد ، فاشتريت مايكال كيلا ، ومايوزن وزناً ، وما يعد عداً ، فلا تبعه حتى تكيله وتزنه وتعده ، فإن بعته قبل أن تفعل وقد قبضته ، فالبيع فاسد فى الكيل والوزن .

---

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ١٧١ ، ١٧٣ .

قلت : وظاهره أن الفاسد هو البيع الثانى « وأن الأول وقع صحيحاً » والعلة كون الكيل من تمام القبض ، فإذا باعه قبل كيله فكأنه باع قبل القبض ، وبيع المنقول قبل قبضه لا يصح (انظر المادة السابقة) .

وحقق ابن عابدين المسألة فقال : والتحقيق أن يقال : إذا ملك زيد طعاماً ببيع مجازفة أو بإرث ونحوه ، ثم باعه من عمرو مكايلة سقط هنا صاع البائع .

ويكفى التقدير الذى يتم فى حضرة المشترى قال : وكفى كيله من البائع بحضرته بعد البيع حتى لو لم يره المشترى ..

وعن القنية : لو اشترى من البائع كذا منا ، فيزنه فى حانوته ، ثم يخرجه إليه موزوناً ، لايجب عليه إعادة الوزن ، وكذا إذا لم يعرف عدد سنجاته . . اهـ

قال صاحب الدر : واستثنى ابن الكمال من الموزون ما يضره التبعيض ، لأن الوزن حينئذ وصف .

قال ابن عابدين . وما يضره التبعيض كمصوغ ، فيجوز التصرف فيه قبل وزنه ، ولو اشتراه بشرطه .

* * *

مادة (٤٤)

إذا اشترط مايقدر بالذراع بشرط الذرع ، فله أن يتصرف

فيه قبل تحقق الشرط ، إلا أفرد لكل ذراع ثمنا ، فليس له التصرف حتى يذرعه .[1]

المذكرة الإيضاحية

قال فى التنوير : لاالمذروع قبل زرعه وإن اشتراه بشرطه ، إلا إذا أفرد لكل ذراع ثمناً ، فهو كموزون .

وشرح صاحب الدر هذا النص فقال : لا يحرم المذروع قبل ذرعه وإن اشتراه بشرطه إلا إذا أفرد لكل ذراع ثمناً فهو فى حرمة ما ذكر كموزون .

والأصل : أن الذرع وصف لا قدر فيكون كله للمشترى إلا إذا كان مقصوداً ، قال ابن عابدين : بأن أفرد لكل ذراع ثمناً لأنه بذلك التحق بالقدر فى حق ازدياد الثمن ، فصار البيع فى هذه الحالة ، هو الثوب المقدر ، وذلك يظهر بالذرع ، والقدر معقود عليه فى المقدرات حتى يجب رد الزيادة فيما لايضره التبعيض ، ويلزمه الزيادة من الثمن فيما يضره ، وينقص من ثمنه عند إنقاصه اهـ ط عن الزيلعى .

* * *

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ١٧٣ .

مادة (٤٥)

يصح التصرف فى الثمن قبل قبضه إذا لم يكن ديناً فى الذمة ، فإن كان جاز تمليكه من المشترى دون غيره .[١]

المذكرة الإيضاحية

الثمن : ما يثبت فى الذمة ديناً عند المقابلة ، وهو النقدان ، والمثليات إذا كانت معينة وقوبلت بالأعيان ، أو غير معينة وصحبها حرف الباء .

والثمن تارة يكون حاضراً كما إذا اشترى الدابة بهذه الدراهم فهذا يجوز التصرف فيه قبل قبضه بهبة أو غيرها من المشترى وغيره .

وتارة يكون ديناً فى الذمة كما إذا اشترى الدابة بعشرة دراهم فى الذمة فهذا يجوز التصرف فيه بتمليكه من المشترى فقط لأنه تمليك الدين ولا يصح إلا ممن هو عليه .

* * *

ما يلتحق بأصل بالعقد :

مادة (٤٦) :

« الزيادة فى الثمن من المشترى تلتحق بأصل العقد إذا قبلها البائع فى مجلس الزيادة » .[٢]

---

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٧٣ .
(٢) ابن عابدين ج ٤ ص ١٧٤ ، ١٧٥ وفتح القدير ج ٥ ص ٢٧٢ .

تصح الزيادة في الثمن ولو من غير جنسه في المجلس أو بعده من المشترى أو وارثه (خلاصة) أو من أجنبي (ابن ملك) إن قبل البائع في المجلس (مجلس الزيادة) فلو بعده بطلت وكان البيع قائماً فلا تصح بعد هلاكه ولو حكما على ظاهر الرواية بأن باعه ثم شراه ثم زاده ، لأن تبدل الملك كتبدل العين ، وإنما لم تصح الزيادة بعد الهلاك ، لفوات محل العقد . بخلاف ما لو أجر أو رهن أو جعل الحديد سيفاً ، لقيام الإسم والصورة بعض المنافع .

والزيادة تلتحق بأصل العقد بالاستناد : وهو أن يثبت أولا في الحال ، ثم ليستند إلى وقت العقد ، ولهذا لا تثبت الزيادة في صور هلاك المبيع ، لأن ثبوته في الحال متعذر ، لانتقاء المحل ، فتعذر استناده ، كالبيع الموقوف لا ينبرم بالإجازة بعد هلاك المبيع وقتها .

وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه تصح زيادة الثمن بعد هلاك المبيع ، فيجعل المعقود عليه قائماً تقديراً ، وتجعل الزيادة تغييراً كما جعل قائما إذا اطلع المشترى على عيب كان قبل الهلاك ، حيث يرجع بنقصان العيب وهذا لأن قيام العقد بالعاقدين لا بالمحل ، واشتراط المحل لإثبات الملك أو إبقائه بطريقة التجدد ، فلم يكن لإبقاء العقد في حقه فائدة ، فأما فيما وراء ذلك ففيه فائدة ، فتبقى .

* * *

مادة (٤٧) :

«حط البائع من الثمن يلتحق بأصل العقد إذا قبله المشترى في مجلس الحط ولو بعد هلاك المبيع وقبض الثمن». [1]

المذكرة الإيضاحية

يصح الحط من الثمن ولو بعد هلاك المبيع وقبض الثمن إذا قبل المشترى في مجلس الحط. وإنما صح الحط بعد الهلاك، لأنه بحال يمكن إخراج البدل عما يقابله لكونه إسقاطاً والإسقاط لا يستلزم ثبوت ما يقابله فيثبت الحط في الحال.

ويلتحق الحط بأصل العقد إذا كان من البائع، أما من وكيله فإنه يصح ويضمنه للآمر ولا يلتحق بأصل العقد، ففي شفعة الخانية: الوكيل بالبيع إذا باع الدار بألف ثم حط عن المشترى مائة صح وضمن المائة للآمر وبرىء المشترى عنها، ويأخذ الشفيع الدار بالألف، لأن حط الوكيل لا يلتحق بأصل العقد.

وبطل حط الثمن كله ولا يلتحق بأصل العقد، ويسقط الثمن عن المشترى، ويصح العقد، ويظهر أثر التحاق الزيادة والحط بأصل العقد :

---

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٧٥، فتح القدير ج ٥ ص ٢٧٢

فى التولية والمرابحة ، فيولى ويرابح على الكل فى الزيادة وعلى الباقى بعد الحط .

وفى الشفعة ، فيأخذ الشفيع بما بقى فى الحط فقط دون الزيادة ، لأن فى الزيادة إبطال حق الشفيع الثابت قبلها ، فلا يمكانه ، فله أن يأخذ بدون الزيادة .

وفى الاستحقاق : فيرجع المشترى على البائع بالكل ، ولو أجاز المستحق البيع أخذ كل الثمن والزيادة .

وفى حبس المبيع : حيث للبائع أن يحبسه حتى يقبض الزيادة .

وفى فساد صرف : فلو باع الدراهم بالدراهم متساوية ، ثم زاد أحدهما أو حط وقبل الآخر ، وقبض الزائد فى الزيادة ، أو المردود فى الحط ، فسد العقد ، كأنهما عقداه كذلك من الابتداء عند أبى حنيفة (زيلعى) .

* * *

مادة (٤٨) :

الزيادة من البائع فى المبيع « غير السلم » تلتحق بأصل العقد ، إذا قبلها المشترى فى مجلس الزيادة .[١]

---

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ١٧٥ ، ١٧٦ .

تصح الزيادة من البائع فى المبيع ويلزمه دفعها ، إذا كان المبيع غير مسلم ، وقبل المشترى ذلك فى مجلس الزيادة .

وإنما قيد يكون المبيع غير مسلم ، لأن المسلم فيه « المبيع » لاتجوز الزيادة فيه ، لأنه معدوم حقيقة ، وإنما جعل موجودا فى الذمة لحاجة المسلم إليه ، والزيادة فى المسلم فيه لا تدفع حاجته ، بل تزيد فى حاجته فلا تجوز (زيلعى) .

وتلتحق الزيادة بأصل العقد ، حتى لو هلكت الزيادة قبل القبض تسقط حصتها من الثمن بخلاف الزيادة المتولدة من المبيع حيث لا يسقط شيء من الثمن بهلاكها قبل القبض .

ولا يشترط للزيادة هنا قيام المبيع ، فتصح بعد هلاكه ، لأنها تثبت بمقابلة الثمن وهو قائم (بحر عن الخلاصة) .

* * *

مادة (٤٩) :

يصح الحط من المبيع إن كان المبيع دينا ، وقبل المشتري فى المجلس .(١)

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٧٦ .

يصح الحط من المبيع إن كان المبيع دينا ، وإن كان عينا لا يصح لأنه إسقاط ، وإسقاط العين لا يصح ، بخلاف الدين فيرجع المشترى على البائع بما دفع فى براءة الإسقاط لا فى براءة الاستيفاء ، لأن براءة الإسقاط تسقط الدين عن الذمة كأن يقول : أسقطت وحططت ، وبراءة الاستيفاء عبارة عن الإقرار بأنه استوفى حقه وقبضه كأن يقول : أبرأتك براءة استيفاء أو قبض .

* * *

الاستحقاق :

مادة (٥٠) :

(ا) الاستحقاق هو ظهور كون الشيء حقاً واجباً للغير.

(ب) ويكون مبطلا الملك إذا ورد على محل لا يقبل التملك، وإلا فهو ناقل له .[١]

---

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ١٩٩ .

المذكرة الإيضاحية

الاستحقاق : هو طلب الحق ، فالسين والتاء للطلب ، لكن في المصباح : استحق فلان الأمر ، استوجبه ، قاله الفارابى وجماعة ، فالأمر مستحق ، ومنه خرج المبيع مستحقا اهـ . فأشار إلى أن معناه الشرعى موافق للغوى وهو كون المراد بالاستحقاق : ظهور كون الشىء حقاً واجباً للغير .

والاستحقاق نوعان :

(أ) مبطل للملك ، وذلك إذا ورد على محل لا يقبل التملك ، كالعتق ، والحرية الأصلية ، ويتضح حكمه فى المادة (٥١) .

(ب) وناقل للملك من شخص إلى آخر ، ويتضح حكمه فى المادة (٥٢) .

* * *

مادة (٥١) :

الاستحقاق المبطل للملك يوجب فسخ العقد ، ولكل واحد من الباعة الرجوع على بائعه ، وإن لم يرجع عليه .(١)

---

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ٢٠١ ، ٢٠٢ .

المذكرة الإيضاحية

الاستحقاق المبطل للملك يوجب فسخ العقود اتفاقا بلا حاجة فى انفساخ كل منها إلى حكم القاضى (درر) .

ولكل واحد من الباعة الرجوع على بائعه بالثمن ، فلو أقام العبد بينة أنه حر الأصل أو أنه كان عبدا لفلان فأعتقه ، أو أقام رجل البينة أنه عبده دبره فقضى بشىء من ذلك فلكل واحد — وإن لم يحصل الرجوع عليه — أن يرجع على بائعه قبل القضاء عليه . ويرجع هو أيضاً على بائعه .

* * *

مادة (٥٢) :

الاستحقاق الناقل للملك ، لا يوجب الفسخ ، ويتوقف على إجازة المستحق والحكم به حكم على ذى اليد ، وعلى من تلقى الملك منه .

ولا يرجع أحد من المشترين على بائعه إلا بعد الرجوع عليه.[1]

---

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٩٩ ، ٢٠١ .

المـذكـرة الإيضـاحيـة

الاستحقاق الناقل للملك من شخص إلى آخر كالاستحقاق بالملك بأن ادعى أن ما فى يد فلان ملك له وبرهن . وهو لا يوجب فسخ العقد على الظاهر ، لأنه لا يوجب بطلان ملك المشترى ، بل يوجب توقفه على إجازة المستحق أو فسخه .

واختلف فى البيع متى ينفسخ ، فقيل إذا قبض المستحق ، وقيل بنفس القضاء والصحيح أنه لا ينفسخ مالم يرجع المشترى على بائعه بالثمن ، حتى لو أجاز المستحق بعد ما قضى له ، أو بعد ما قبضه قبل أن يرجع المشترى على بائعه يصح ، وفى ظاهر الرواية لا ينفسخ مالم يفسخ وهو الأصح .

والحكم بالاستحقاق حكم على ذى اليد ، حتى يؤخذ المدعى من يده (درر) وهذا إذا كان خصما ، فلا يحكم على مستأجر ونحوه لأنه ليس بخصم ، وحكم على من تلقى ذو اليد الملك منه فإن قال « مثلا » عند الحكم عليه : اشتريت هذه العين من فلان « مثلا » كان الحكم عليه حكما على من اشترى منه ولو كان مورثه ويتعدى إلى بقية الورثة (أشباه) .

وليس لأحد من المشترين أن يرجع على بائعه بالثمن ، مالم يرجع المشترى منه عليه بالثمن ، لئلا يجتمع الثمنان فى ملك واحد ، لأن فى يده

ثمنا ، فلو رجع بالثمن على بائعه قبل أن يرجع عليه ، اجتمع فى ملكه ثمنان .

* * *

مادة (٥٣) :

إذا ثبت الاستحقاق ببينة المستحق ، فللمشترى الرجوع على البائع بالثمن .

أَما إِذا كان الاستحقاق بإِقرار المشتري أَو وكيله بالخصومة ، أو بنكولهما فليس له الرجوع[1].

المذكرة الإيضاحية

يثبت للمشترى الرجوع بالثمن على البائع إذا استحق المبيع ، وكان الاستحقاق واردا على ملك البائع الكائن من الأصل ، أما إذا ورد عليه بعد ما صار إلى حال لو كان غصبا ملكه به لا يرجع ، لأنه متيقن الكذب ، كما لو اشترى ثوبا فقطعه وخاطه ثم استحق بالبينة ، لا يرجع المشترى على البائع بالثمن ، لأن الاستحقاق ما ورد على ملكه ، لأنه لو كان ملكه فى الأصل انقطع بالقطع والخياطة ، كمن غصب ثوبا فقطعه وخاطه ملكه .

---

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ٢٠٢ ، ٢٠٣ .

ولو برهن أنه كان له قبل هذه الصفة يرجع بالثمن .

وإنما يثبت الرجوع للمشترى إذا ثبت الاستحقاق بالبينة ، لأنها حجة متعدية تظهر فى حق كافة الناس . لأنها لا تصير حجة إلا بقضاء القاضى ، وللقاضى ولاية عامة فينفذ قضاؤه فى حق الكافة .

أما إذا ثبت الاستحقاق باقرار المشترى ، أو وكيله بالخصومة ، أو بنكولهما ، فلا رجوع لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر ، لا يتعداه إلى غيره ، لعدم ولايته عليه.

* * *

مادة (٥٤) :

التناقض فى دعوى الملك لعين أو منفعة يمنع الدعوى ، ولا يمنع فيما خفى سببه[١] .

المذكرة الإيضاحية

التناقض فى الدعوى — بمعنى التدافع فى الكلام — يمنع دعوى الملك لعين أو منفعه إذا كان الكلام الأول قد أثبت لشخص معين حقاً ، كما إذا ادعى شخص على آخر أنه أخوه ، وادعى عليه النفقة ، فقال

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٢٠٥ ، ٢٠٦

المدعى عليه ليس هو بأخى ، ثم مات المدعى عن تركة فجاء المدعى عليه يطلب ميراثه إن قال هو أخى لم يقبل للتناقض .

أما إذا لم يثبت لآخر حقا لم يمنع ، كقول المدعى لا حق لى على أحد من أهل بلدة كذا « مثلا » ثم ادعى شيأ على أحد منهم ، تصح دعواه (كما فى المؤيدية عن صدر الشريعة) .

ولا يمنع التناقض دعوى ما خفى سببه كالنسب والطلاق وغيرها ، كما إذا اشترى ثوبا فى منديل ، ثم زعم أنه له ولم يعرفه تقبل دعواه .

ومثال النسب : لو باع عبدا « مثلا » ولد عنده ، وباعه المشترى من آخر ، ثم ادعى البائع الأول أنه ابنه تقبل دعواه ، ويبطل الشراء الأول والثانى ، لأن النسب يبتنى على العلوق فيخفى عليه ، فيعذر فى التناقض .

ومثال الطلاق : إذا برهنت المرأة على أنها طلقت ثلاثا ، وكانت قبل قد خالعت الزوج على مال ، قبل برهانها ، واستردت بدل الخلع ، لأن الزوج يستقل بالطلاق بدون علمها .

* * *

مادة (٥٥) :

لا تسمع دعوى الاستحقاق على المبيع قبل قبضه حتى يحضر البائع والمشترى عند القاضى للحكم عليهما[١] .

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ٢٠٧ .

المذكرة الإيضاحية

إذا اشترى شيئا ولم يقبضه ، حتى ادعاه آخر أنه له ، لا تسمع دعواه بدون حضور البائع والمشترى القضاء عليهما ، لأن الملك للمشترى ، واليد للبائع ، والمدعى يدعيهما ، فشرط القضاء عليهما حضورهما (فتح) .

ولو قضى له بحضرتهما ، ثم برهن أحدهما على ان المستحق باعه من البائع ، ثم هو باعه من للشترى ، قبل ولزم البيع .

* * *

فصل فى الخيارات

خيار الشرط :

مادة (٥٦) :

« يصح خيار الشرط المتبايعين معا ، أو لأحدهما ، أو لغيرهما ، مع ثبوت الخيار لهما مع ذلك الغير ، فى المبيع كله أو بعضه ، أثناء العقد وبعده »[١] .

---

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٤٧ ، ٤٨ ، ٤٩

الخيارات سبعة عشر كما حددها فى الدر : خيار الشرط ، خيار الرؤية ، خيار العيب وهذه الثلاثة خصص لكل منها باب على حدة .

أما باقى الخيارات فلم يفرد كل منها بباب وهى : خيار تعيين ، وغبن ، ونقد ، وكمية ، واستحقاق ، وتغرير فعلى ، وكشف حال ، وخيانة مرابحة ، وتولية ، وفوات وصف مرغوب فيه ، وتفريق صفقة بهلاك بعض مبيع ، وإجازة نقد الفضولى ، وظهور المبيع مستأجرا ، أو مرهونا .

وخيار الشرط جائز فى البيع ، وهو يمنع ابتداء الحكم ، ويكون للمتبايعين معا ، ولأحدهما ، ولو كان وصيا ، أو وكيلا ، ولغير البائع والمشترى ، كما إذا اشترى على أن يكون الخيار لغيره ، ويثبت للمتعاقدين الخيار مع ذلك الغير .

وشرط صحة الخيار أن يكون أثناء العقد أو بعده ، ولا يصح شرطه قبل العقد مثل أن يقول : جعلتك بالخيار فى البيع الذى تعقده ، ثم اشترى مطلقا لم يثبت الخيار .

وخيار الشرط يكون فى المبيع : سواء كان البيع صحيحاً أو فاسداً .

وفائدته فى البيع الفاسد ، أنه لو كان الخيار للبائع ، أوله وللمشترى ، وقبضه المشترى بإذن البائع لا يدخل المبيع فى ملك المشترى مع أنه لولا الخيار لملكه بالقبض .

ويكون فى المبيع كله أو بعضه كثلثه أو ربعه ، فيما لو كان المبيع متعددا ، وشرط الخيار فى معين منه مع تفصيل الثمن ، ولا فرق فى ذلك بين أن يكون الخيار البائع أو للمشترى .

* * *

مادة (٥٧) :

« مدة خيار الشرط ثلاثة أيام أو أقل ، فإن شرط أكثر منها فسد البيع ، إلا إذا جاز من له الخيار البيع فى الأيام الثلاثة »(١) .

المذكرة الإيضاحية

مدة خيار الشرط ثلاثة أيام أو أقل ، والتحديد بالثلاثة مأخوذ من قول الرسول عليه السلام لحبان بن منقذ بن عمرو الأنصارى : « إذا بايعت فقل لا خلابة ولى الخيار ثلاثة أيام » .

ولا يجوز اشتراط أكثر من الثلاثة عند أبى حنيفة وزفر ، فلو شرط أكثر منها : فإن أجاز من له الخيار فى الثلاثة ، ينقلب صحيحاً عند أبى حنيفة ، لأنه وقد زال المفسد قبل تقرره ، وذلك أن المفسد

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ٤٧ ، ٤٨ ؛ ٤٩

ليس هو شرط الخيار ، بل وصله باليوم الرابع ، فاذا أسقطه تحقق زوال المعنى المفسد قبل مجيئه ، وبقى العقد صحيحاً .

وقال زفر : لا يجوز لأنه انعقد فاسدا فلا ينقلب صحيحاً .

وقال أبو يوسف ومحمد : يجوز اشتراط الخيار لأكثر من ثلاثة أيام إذا سمى مدة معلومة ، لحديث ابن عمر أنه أجاز الخيار لشهرين .

أما لو اشترط الخيار مطلقا دون تحديد مدة ، فإنه يفسد عند الجميع .

ومن هذا يفهم أن خيار الشرط أنواع :

١ — جائز بالاتفاق : إذا كان ثلاثة أيام فاقل .

٢ — مختلف فيه : إذا كان أكثر من ثلاثة أيام ، فإنه فاسد عند أبي حنيفة وزفر . جائز عند أبي يوسف ومحمد .

٣ — فاسد بالاتفاق : إذا كانت المدة مجهولة .

* * *

مادة (٥٨) :

« خيار البائع لا يخرج المبيع عن ملكه ، فإن قبضه المشترى وهلك فعليه قيمته وخيار المشترى يخرج المبيع عن

ملك البائع ، فإن قبضه المشتري وهلك فعليه ثمنه، ولا يخرج شيء من مبيع أو ثمن إذا كان الخيار لهما »[1] .

المذكرة الإيضاحية

إذا كان خيار الشرط للبائع ، فإن المبيع لا يخرج عن ملكه ؛ لأن الخيار يمنع الحكم ، وهو نقل الملك ، فإن هلك فى يده انفسخ البيع ، وإن تعيب بغير فعله خير المشترى بين الأخذ بكل الثمن أو الترك ، وإن تعيب بفعله سقطت حصة المعيب من الثمن .

وإذا قبض المشترى المبيع بإذن البائع أو بغير إذنه فهلك فى يده ، فإن كان فى مدة الخيار ، فعليه قيمته يوم قبضه ؛ لأن البيع ينفسخ بالهلاك لأنه كان موقوفا ، ولا نفاذ بدون بقاء المحل ، فبقى المبيع مقبوضا فى يد المشترى على سوم الشراء وفيه القيمة ؛ لأن المقبوض على سوم الشراء فيه القيمة ، وإن كان قبضه على سوم النظر بأن يقول : هاته حتى أنظر إليه أو أريه غيرى ، فغير مضمون مطلقا ؛ لأنه لا يكون رضا بالشراء بالثمن المسمى ، أما لو استهلكه المشترى ، فانه يضمن قيمته .

وإن كان الهلاك بعد مضى مدة الخيار بلا فسخ فعليه ثمنه لسقوط الخيار .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٥١ ، ٥٢ ، ٥٣ ، ٥٤ ، ٥٥

وإذا كان الخيار للمشترى ، فان المبيع يخرج عن ملك البائع ؛ لأن البيع فى جانبه لازم ، فاذا قبضه المشترى وهلك بيده فعليه ثمنه ؛ لأن الهلاك لا يخلو عن مقدمة عيب يمنع الرد ، فيهلك وقد انبرم البيع ، ويلزم الثمن .

وإذا خرج المبيع عن ملك البائع لايملكه المشترى عند أبى حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد : يملكه لئلا يصير سائبة لامالك لها . ورد أبو حنيفة : بأن السائبة هى التى لاملك فيها لأحد ولا تعلق ملك ، والتعلق موجود هنا ، وهو علاقة الملك للبائع ، إذ قد يرد عليه فيعود إليه حقيقة ملكه ، وعلقة ملك للمشترى إذ قد يسقط خياره فيكون له ، ثم قال : يلزم على مذهبكم اجتماع البدلين فى يد المشترى ؛ لأن الثمن لم يخرج عن ملكه ، ولا أصل لذلك فى الشرع ، ويلزم أيضاً إثبات الملك للمشترى بمجرد البيع مع خياره ، فيلحقه نقيض مقصوده .

وإذا كان الخيار للبائع والمشترى ، لا يخرج شىء من مبيع أو ثمن من ملك كل منهما اتفاقاً ، وأيهما فسخ فى المدة انفسخ البيع وأيهما أجاز بطل خياره ، وصار العقد باتاً من جانبه والآخر على خياره ، فإن أجاز تم العقد ، وإن فسخ بطل ، وإن لم يوجد فسخ ولا إجازة حتى مضت المدة ، لزم البيع .

* * *

مادة (٥٩) :

« إذا أجاز من له الخيار صحت إجازته ولو مع جهل صاحبه . فإن كان الخيار لهما وفسخ أحدهما فليس للآخر الإجازة .

فإن كان الفسخ بالقول فلا يصح إلا إذا علم الآخر فى المدة ، فإن لم يعلم لزم العقد ، أما إن كان الفسخ بالفعل صح بلا علم الآخر »[1] .

المذكرة الإيضاحية

من شرط له الخيار بائعاً كان أو مشترياً أو أجنبياً ، فله أن يفسخ فى المدة وله أن يجيز ، فإذا كان الخيار للبائع فالإجازة تحصل بأحد ثلاثة أشياء : بأن يقول : أجزت، أو بموته فى مدة الخيار ، لأن خيار الشرط لا يورث ، فيكون العقد بموته نافذاً ، أو بأن تمضى مدة الخيار من غير فسخ .

ومن جانب المشترى تحصل الإجازة بأحد هذه الأمور الثلاثة ،

---

(١) فتح القدير جـ ٥ ص ١٢٠ ، ١٢١

أو بأن يصير المبيع فى يده إلى حال لا يملك معها فسخه . كهلاك المعقود عليه وانتقاضه .

والإجازة من البائع أو المشترى جائزة ، ولو بغير حضرة الطرف الآخر، فان كان الخيار لهما . وفسخ أحدهما فليس للآخر الإجازة ؛ لأن المفسوخ لاتلحقه الإجازة .

والفسخ يكون بالفعل وبالقول .

فالفسخ بالفعل . كأن يتصرف البائع فى المبيع فى مدة الخيار تصرف الملاك كبيعه له ، أو أن يكون الثمن عيناً فيتصرف المشترى فيه تصرف الملاك ، فان العقد ينفسخ سواء فى ذلك حضور الآخر وعدم حضوره ، لأنه فسخ حكمى ، والشىء قد يثبت حكماً وإن كان يبطل قصداً .

والفسخ بالقول : بأن يقول البائع أو المشترى: فسخت ، فإن كان ذلك بعلم الآخر انفسخ العقد اتفاقاً ، وإن كان بغير علمه فلا يجوز الفسخ عند أبى حنيفة ومحمد ولزم العقد ، لأنه تصرف فى حق الغير ، وهو العقد بفسخه ، وهو لا يخلو عن المضرة ، لأنه كان الخيار للبائع وفسخ بدون علم المشترى ، فالمشترى ربما يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فيلزمه غرامة القيمة بهلاك المبيع ، وقد تكون القيمة أكثر من الثمن ، ولا خفاء فى كونه ضرراً . وإن كان الخيار للمشترى فالبائع ربما لا يطلب لسلعته مشتريا ، وقد تكون المدة أيام رواج بيع

المبيع ، وفى ذلك ضرر لا يخفى ، والتصرف المشتمل على ضرر فى حق الغير يتوقف على علمه لامحالة كعزل الوكيل .

وقال أبو يوسف : يجوز الفسخ بدون علم الآخر ، لأن من له الخيار مسلط على فسخ العقد من جهة صاحبه ، وكل من هو كذلك لايتوقف فعله على علم صاحبه كالإجازة .

* * *

مادة (٦٠) :

« يتم العقد بموت من له الخيار ، وبمضى المدة ، ويطلب المشترى الشفعة بالمبيع إذا كان الخيار له ، وبكل تصرف لا ينفذ ولايحِل إلا بالملك »[١] .

المذكرة الإيضاحية

يتم العقد بحصول الإجازة بواحد مما ذكر فى نص المادة كموت من له الخيار بائعاً كان أو مشتريا ، أما موت غيرهما ممن شرط له الخيار فان العقد لايتم بموته . بل الخيار باق لمن شرط له ، فإن أمضى العقد مضى ، وإن فسخه انفسخ (كما فى الفتح) .

---

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ٥٧ ؛ ٥٨ ، ٥٩ .

وفى جامع الفصولين ، لو كان الخيار لهما فمات أحدهما لزم البيع من جهته والآخر على خياره ، وفيه أيضاً وكيل البيع أو الوصى باع بخيار ، أو المالك باع بخيار لغيره ، فمات الوكيل أو الوصى ،أو الموكل ، أو من باع بنفسه ، أو من شرط له الخيار ، يتم البيع عند محمد فى كل ذلك ، لأن لكل منهم حقاً فى الخيار .

والجنون كالموت :

ولا يخلف الوارث من مات على الخيار ، لأن الخيار ليس إلا مشيئة وإرادة ولا يتصور انتقاله ، والإرث فيما لا يقبل الإنتقال ، وكذا لايورث خيار الرؤية ، وخيار التغرير ، وخيار النقل ، لأن الأوصاف لا تورث ، أما خيار العيب ، والتعيين ، وفوات الوصف المرغوب ، فيخلفه الوارث فيها ، لا أنه يرث خياره ، لأن المورث استحق المبيع سليما من العيب ، فكذا الوارث ، وكذا خيار التعيين يثبت للوارث ابتداء ، لاختلاط ملكه بملك غيره لا أن يورث الخيار وكذا لا يورث خيار المجلس ، وخيار الإجازة فى بيع الفضولى .

ويتم أيضاً بمضى مدة الخيار قبل الفسخ ، لأنه لم يثبت الخيار الا فيها ، فلا بقاء للخيار بعدها ، وان لم يعلم بمضى المدة لمرض أو اغماء لأن المسقط هو مضى المدة من غير اختيار . لذا لو أفاق فيها وفسخ جاز (بحر) .

كذلك يتم العقد أيضاً بطلب المشترى الشفعة بالمبيع وان لم يأخذه، كما إذا اشترى داراً بشرط الخيار له ، وبيعت أخرى بجانبها ، فبطلبه

الشفعة بسبب الدار التى اشتراها سقط خياره فيها وتم البيع . أما لوكان الخيار للبائع فان خياره باق بعد طلب الشفعة ، لأن ملكه باق بخياره ، بخلاف المشترى ، لأنه لاملك له مع خياره فطلب الشفعة دليل التملك .

كما يتم أيضاً بكل تصرف لاينفذ ولا يحل إلا فى الملك كاجارة ولو بلا تسليم فى الاصح ، و بيع ، ورهن ، وهبة .

* * *

مادة (٦١) :

« إذا اشترط أحد المتبايعين الخيار الأجنبي ، فإن أجاز هو أو الأجنبي أو نقض صح إن وافقه الآخر وإن أجاز أحدهما وعكس الآخر فالآسبق أولى ، وإن جهل السابق فالفسخ أَحق ، إلا إذا تراضيا على اعادة العقد »[1] .

المذكرة الإيضاحية

لو اشترط البائع أو المشترى خيار الشرط الأجنبي صح استحساناً ، وثبت الخيار لهما ، فإن أجاز أحدهما من النائب والمستنيب أو نقض

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ٥٩ ، ٦٠

صح إن وافقه الآخر ، وإن أجاز أحدهما وعكس الآخر ، فالأسبق أولى لعدم المزاحم ، لأن الأسبق ثبت حكمه قبل المتأخر ، فلم يعارضه المتاخر، لتقدمه عليه فى الزمن، ولو كانا معاً بحيث لا يعلم السابق منهما ، فالأصح أن الفسخ أحق ، لأن المجاز يفسخ ، والمفسوخ لايجاز ، فصار الفسخ أقوى لكونه لاينقض بالإجازة ، فلذا كان أحق وهو قول أبى يوسف .

وروى ترجيح تصرف العاقد لقوته ، لأن النائب يستفيد الولاية منه ، وقيل هو قول محمد .

ولو تفاسخا ثم تراضيا على إعادة العقد بينهما بالإيجاب والقبول أو التعاطى جاز على أنه عقد ابتداء .

والقياس أنه لا يجوز اشتراط خيار الشرط لأجنبي وهو قول زفر .

* * *

مادة (٦٢) :

« اذا كان المبيع قيمين ، وكان الخيار فى أحدهما لزم لصحة البيع تفصيل ثمن كل ، وتعيين الذى فيه الخيار »(١) .

---

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ٦٠

من باع أو اشترى قيميين كشاتين على أنه بالخيار فى إحداهما ثلاثة أيام ، فإن حدد لكل شاة ثمناً ، وعين التى فيها الخيار ، صح البيع للعلم بالمبيع والثمن ، وإن لم يعين ولم يحدد ثمنا لكل من القيميين، أو عين الذى فيه الخيار ، ولم يحدد ثمن كل منهما ، أو حدد ثمن كل منهما ، ولم يعين الذى فيه الخيار، لايصح البيع ، إما لجهالة المبيع والثمن فيما إذا لم يبين ولم يفصل ، لأن الذى فيه الخيار لاينعقد البيع فى حق الحكم ، لأن الخيار يمنع ابتداء الحكم فكانه خارج عن البيع ، والبيع إنما هو فى الآخر وهو مجهول لجهالة من فيه الخيار ، ثم إن ثمن المبيع مجهول ، لأن الثمن لاينقسم فى مثله على المبيع بالأجزاء . وإما لجهالة أحدهما ، الثمن إذا عين ولم يفصل ، أو المبيع إذا فصل ولم يعين .

* * *

مادة (٦٣) :

« إجازة الشريك البيع فى مدة الخيار تبطل خيار شريكه »(١) .

---

(١) فتح القدير جـ ٥ ص ١٣٤ ، ١٣٥

المذكرة الإيضاحية

لو اشترى رجلان دابة على أنهما بالخيار ، ورضى أحدهما بالبيع بطل خيار الآخر ، وليس له أن يرد المبيع وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله ، لأن المبيع خرج عن ملك البائع غير معيب بعيب الشركة ، فلو رده أحدهما رده معيباً بعيب الشركة ، وفيه إلزام ضرر زائد ، فان البائع كان بحيث ينتفع بالمبيع متى شاء وكيف شاء ، فصار بحيث لايقدر على ذلك إلا بطريق المهايأة ، والخيار ماشرع لدفع الضرر عن أحدهما بإلحاقه بالآخر .

وقال أبو يوسف ومحمد : للثانى أن يرده ، لأن إثبات الخيار لهما إثباته لكل منهما ، فلا يسقط حقه بإسقاط صاحبه حقه .

وكذلك الحكم — على الخلاف المذكور — لو اشتريا شيئاً ورضى أحدهما بالعيب فيه ، أو اشترياه ولم يرياه ثم رأياه ورضى أحدهما دون الآخر ، لم يكن للآخر رده عند أبى حنيفة رحمه الله ، وعندهما له ذلك .

* * *

مادة (٦٤) :

(١) إذا اختلف المتبايعان فى ثبوت خيار الشرط ، أو فى مضيه ، أو فى الأجل ، أو فى إجازة البيع ، فالقول لمن ينفيه .

(ب) وإن اختلفا فى تعيين المبيع الذى فيه خيار الشرط عندالإجازة فالقول للمشترى إن كانت السلعة مقبوضة، وإن كانت غير مقبوضة، فالقول لمن لا خيار له »[1].

المذكرة الإيضاحية

إذا اختلف البائع والمشترى فى ثبوت الخيار، فالقول للمنكر، لأن الخيار لا يثبت إلا بالشرط، فكان من العوارض فيكون القول لمن ينفيه.

وإذا اختلفا فى مضى مدة الخيار، فالقول لمنكر المضى، لأنهما تصادقا على ثبوت الخيار، ثم ادعى أحدهما السقوط بمضى المدة، فالقول للمنكر (درر).

كذلك الحكم أيضاً لو اختلفا فى إجازة البيع ممن له الخيار، كما إذا ادعى البائع على المشترى بالخيار أنه أجاز البيع. وأنكر المشترى، فالقول قوله، لأن البائع يدعى سقوط الخيار ووجوب الثمن وهو منكر.

وإذا اختلفا فى قدر الأجل، فالقول لمن يدعى أخصر الوقتين، لأن الآخر يدعى زيادة شرط عليه وهو منكر (درر).

أما لو اختلفا فى تعيين المبيع الذى فيه خيار الشرط عند إجازة

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٦٢، ٦٣.

العقد ممن له الخيار ، فان كانت السلعة مقبوضة ، فالقول للمشترى سواء كان الخيار له أو للبائع ، وإن كانت غير مقبوضة والخيار للشترى فالقول للبائع ، وإن كان الخيار للبائع فالقول للمشترى (بحر) .

* * *

مادة (٥٦) :

« يعتبر قول المشتري بالخيار من يمينه إذا اختلف من البائع فى عين المبيع عند رده إلى البائع ، مالم تقم للبائع بينة » .[1]

المذكرة الإيضاحية

اشترى شيئاً على أنه بالخيار ، فرد غيره بدله على أنه هو قائلا : بأن هذا الشيء هو الذى اشتريته منك ، فقال البائع : ليس هو ، فان كانت للبائع بينة على ذلك فالقول قوله ، وإن لم تكن له بينة، فالقول للمشترى مع يمينه .

* * *

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٦٢ ، ٦٣

خيـــار التعيين

مادة (٦٦) :

(١) خيار التعيين يصح فى القيميات لا فى المثليات ، إذا وقع البيـع على واحد غير معين وقت العقد ، من مبيع متعدد : اثنين أو ثلاثة .

(ب) ويثبت للبائع والمشتري ، ومدته ثلاثة أيام ، ويجبر من له الخيار على تعيين ما اختاره فى نهاية مدته .

المـــذكـرة الإيضـاحيـة

إذا وقع البيع على واحد لا بعينه ، كأن يبين البائع أثمان شيئين ، أو ثلاثة ، من القيميات ، كلا على حده ، على أن المشترى يأخذ أيا شاء ، بالثمن الذى بينه البائع ، أو البائع يعطى أيا أراد ، صح البيع ، ويسمى هذا خيار التعيين .

ويفهم من نص المادة :

(١) أن خيار التعيين يصح فى القيميات ، لأنها متفاوتة ،

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٦٠ ، ٦١ ، بدائع الصنائع ج ٥ ص ٢٦١، ٢٦٢

أما المثليات التى من جنس واحد ، فلا يصح فيها لعدم تفاوتها .

(ب) وأن البيع فيه يكون على واحد من اثنين أو ثلاثة ، لا بعينه ، فان وقع على واحد من أربعة فسد .

وقال زفر : البيع فاسد فى الكل لجهالة المبيع جهالة مفضية للمنازعة ، وهو القياس ، وفى الاستحسان لا يفسد ، لأن الخيار شرع للحاجة إلى دفع الغبن ، ليختار ما هو الأرفق والأوفق ، والحاجة تندفع بالتحرى فى ثلاثة ، لوجود : الجيد ، والوسط والردىء فيها ، والجهالة لا يقضى إلى المنازعة فى الثلاثة لتعيين من له الخيار .

(ح) وأن مدته ثلاثة أيام — وهذا عند أبى حنيفة كخيار الشرط ، (وبه أخذت اللجنة) وبأية مدة معلومة عند الصاحبين .

(ى) وأن من له الخيار يجبر على التعيين فى نهاية مدته ، فلو مضت المدة قبل رد شىء وتعيينه ، بطل الخيار ، وانعقد البيع فى أحدهما ، وعليه أن يعين .

ويلزم أن يقول البائع للمشترى : على أنك بالخيار فى أيهما شئت ، أو على أن تأخذ أيهما شئت ، بعد قوله : بعتك إحدى هاتين الدابتين — مثلا — ليكون نصا فى خيار التعيين وقال فى البحر : لأنه لو لم يذكر هذه الزيادة يكون فاسدا ، لجهالة المبيع .

* * *

مادة (٦٧) :

« يثبت للمشترى بخيار التعيين ملك غير لازم فى واحد من المبيع غير معين »[1] .

المذكرة الإيضاحية

إنما كان الملك الثابت للمشترى بخيار التعيين غير لازم ، لأن خيار التعيين يمنع لزوم العقد .

* * *

مادة (٦٨) :

« إذا مات المشترى قبل مضى مدة الخيار تم البيع فى أحد المبيعين وعلى الوارث تعيينه »[2] .

المذكرة الإيضاحية

إنما كان على الوارث تعيين المبيع ، لأن التعيين ينتقل إليه ليميز ملكه عن ملك غيره .

---

(١) المرجع السابق . (٢) المرجع السابق .

مادة (٦٩) :

(ا) إذا قبض المشترى المبيعين قبل التعيين وهلكا معا ، ضمن نصف ثمن كل منهما .

(ب) وإذا هلك أحدهما قبل الآخر ، تعين كون الهالك مبيعا ، ولزم المشترى ثمنه ، والآخر أمانة[1] .

المذكرة الإيضاحية

(ا) إنما ضمن المشترى نصف ثمن كل منهما إذا هلكا معا ، لأنه ليس أحدهما أولى بالتعيين من الآخر فشاع البيع فيهما جميعاً .

(ب) وإنما تعين كون الميت أولا مبيعا ، والآخر أمانة ، لأن الأمانة منهما مستحق للرد على البائع ، رقد خرج الهالك عن احتمال الرد فيه ، فتعين الباقى للرد ، فتعين الهالك للبيع ضرورة ، ولزمه ثمنه .

* * *

مادة (٧٠) :

« يسقط خيار التعيين بتعيين المشترى للشيء الذي اختاره ،

---

(١) المرجع السابق .

أو بتصرف منه يدل على تعيين الملك فيه ، أو بهلاك أحد المبيعين بعد القبض »[1] .

المذكرة الإيضاحية

إنما بطل خيار التعيين بتعيين المشترى للشيء الذى اختاره ، لأنه لما اختار أحدهما فقد عين ملكه فيه ، فيسقط الخيار ، ويلزم البيع .

وكذلك كل تصرف هو دليل اختيار الملك .

وإنما بطل الخيار بهلاك أحدهما بعد القبض ، لأن الهالك منهما تعين للبيع ولزمه ثمنه وتعين الآخر للأمانة ، لأن أحدهما مبيع ، والآخر أمانة ، والأمانة منهما مستحقة الرد على البائع ، وقد خرج الهالك عن احتمال الرد فيه ، فتعين الباقى للرد ، فتعين الهالك للبيع ضرورة .

* * *

خيار فوات الوصف

مادة (٧١) :

« فوات الوصف المرغوب فيه لا يقابله شيء من الثمن إلا إذا كان مقصوداً ويخير المشترى بين الأخذ أو الترك »[2] .

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٥ ص ٢٦١ ، ٢٦٢
(٢) ابن عابدين جـ ٤ ص ٦٢ ، ٦٣ ، ٦٤

لو اشترى شاة على أنها حلوب فظهرت بخلاف ذلك ، خير المشترى بين الأخذ أو الترك .

وإنما كان الأخذ بجميع الثمن ، لأن الأوصاف لايقابلها شيء من الثمن مالم تكن مقصودة (درر منتقى) . وقصد الوصف بإفراده بذكر الثمن (كما فى بيع المذروع) وجواز الترك لفوات الوصف المرغوب فيه .

ولو ادعى المشترى أنها ليست على الصفة التى تم الاتفاق عليها لم يجبر على القبض حتى يعلم بوجود الصفة .

ولو امتنع الرد بسبب ما ، قوم المبيع وهو بالصفة ، وقوم وهو بغير هذه الصفة ورجع بالتفاوت فى الأصح .

هذا بخلاف شرائه شاة على أنها حامل أو تحلب كذا رطلا فإنه يفسد ، لأنه شرط فاسد لاوصف ، لكونه شرط زيادة مجهولة لعدم العلم بها ، لأن ما فى البطن والضرع لايعلم حقيقته .

* * *

مادة (٧٢) :

« إذا ادعى البائع زوال وصف للمبيع عند رد المشتري له ، فالقول للمشترى إذا لم تقم بينة للبائع[1] » .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٦٣

لو قال البائع للمشترى عند رده للفرس الذى اشتراه منه كان يحسن السباق لكنه لايحسن الآن ، فالقول للمشترى ، لأن الأصل عدم إجادته للسباق ، فكان الظاهر شاهداً له . وإن كانت للبائع بينة فالقول قوله .

ولو اشترى فرساً على صفة كان يعلم بوجودها عند البائع لكنها فقدت عنده قبل أن يقبضه المشترى ، فللمشترى رد المبيع لتغيره عند البائع .

وهذا التعليل يناسبه ما لو نسى بعد العقد . أما قبله فالعلة كون الوصف مشروطاً دلالة .

* * *

خيار الرؤية

مادة (٧٣) :

(ا) من اشترى مالم يره له الحق فى إمضاء البيع أو فسخه بعد رؤيته للمبيع ، وليس له الفسخ إلا بعد علم البائع ، ولا يكون هذا الخيار إلا فى المعاوضات المالية .

(ب) وهذا الخيار مؤقت بوقت إمكان الفسخ بعد الرؤية .

(جـ) وليس للبائع خيار رؤية إذا باع ما لم يره »[1] .

المذكرة الإيضاحية

(أ) من اشترى شيئاً لم يره فالبيع جائز ، وله الخيار إذا رآه ، إن شاء أخذه بجميع الثمن ، وإن شاء رده بعد رؤيته له ، سواء رآه على الصفة التي وصفت له ، أو على خلافها ، مثل أن يشترى حنطة فى غرارة من غير أن يرى شيئاً ، فله الخيار إذا رأى ذلك الشيء ، ويسمى « خيار الرؤية » لقوله ﷺ : من اشترى شيئاً لم يره فله الخيار إذا رآه » .

ولا يصح الفسخ من المشترى إلا بعد علم البائع بالفسخ ، خوف غرر البائع ، بسبب اعتماده على شرائه فلا يطلب لسلعته مشتريا آخر .

ويثبت خيار الرؤية فى أربعة مواضع :

١ — فى الشراء للأعيان (اللازم تعيينها) ولا تثبت ديناً فى الذمة ، ولا يكون خيار الرؤية إلا فى الشراء الصحيح .

٢ — وفى الإجارة .

٣ — وفى القسمة : وقسمة الأجناس المختلفة يثبت فيها الخيارات الثلاث : الشرط ، والعيب ، والرؤية .

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ٦٥ — ٦٨ ، وفتح القدير جـ ٥ ص ١٣٣ — ١٣٩

وكذا قسمة غير المثليات ، كالثياب من نوع واحد ، والبقر ، والغنم .

أما قسمة ذوى الأمثال كالمكيلات والموزونات . يثبت فيها خيار العيب فقط .

٤ — وفى الصلح عن دعوى المال على شىء بعينه :

وإنما يثبت خيار الرؤية فى هذه الأشياء ، لأن كلا منها معاوضة .

(ب) ويثبت خيار الرؤية مطلقاً غير مؤقت بمدة وهو الأصح ، ويبقى إلى أن يوجد ما يبطله ، لأنه ثبت حكماً ، لانعدام الرضا ، فيبقى إلى أن يوجد مايبطل عدم الرضا .

وقيل هو مؤقت بوقت إمكان الفسخ بعد الرؤية ، حتى لو تمكن منه ولم يفسخ سقط خياره (بحر) .

(وقد اخذت اللجنة بهذا الرأى) .

(حـ) وخيار الرؤية حق للمشترى دون البائع ، فلا خيار لبائع شىء لم يره ، وكون خيار الرؤية غير ثابت للبائع ، هو الأصح ، وقد أجمع الصحابة على ذلك ، يدل عليه ماروى من أن عثمان بن عفان باع أرضاً له بالبصرة ، من طلحة بن عبيد الله ، فقيل لطلحة : إنك قد غبنت ، فقال : لى الخيار ، لأنى اشتريت مالم أره ، وقيل لعثمان : إنك غبنت ، فقال : لى الخيار ، لأنى بعت مالم أره ، فحكما بينهما جبير بن مطعم ، فقضى بالخيار لطلحة (للمشترى) وكان ذلك بمحضر من الصحابة :

مادة (٧٤) :

« لا يكون خيار الرؤية الا فى مبيع سمى جنسه ووصفه أو أشير اليه أو الى مكانه » .

المــذكـرة الإيضـاحيّـة

شرط جواز البيع بخيار الرؤية أن يكون المبيع معلوم الجنس والوصف ، أو مشاراً إليه أو إلى مكانه ، لأنه لايصح بيع مالم يعلم جنسه أصلا لا بوصف ولا بإشارة لجهالته(١) .

* * *

مادة (٧٥) :

« لا يعتد برضى المشترى بالقول قبل الرؤية ، وفسخه قبلها يصح » .

المــذكـرة الإيضـاحيّـة

إذا رضى المشترى قبل أن يرى المبيع ، إن كان الرضا بالقول ،

---

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ٦٦ ، ٦٧ ، فتح القدير جـ ٥ ص ١٣٩

بأن قال : رضيت ، ثم رآه له أن يرده ، لأن الخيار معلق بالرؤية (بنص الحديث) فلا يثبت قبلها ، ولأن الرضا بالشيء لايتحقق قبل العلم باوصافه ، والعلم يكون بالرؤية .

وإن أجازه بالفعل ، بأن تصرف فى المبيع يزول خياره .

ولو فسخ المشترى البيع قبل أن يرى المبيع صح فسخه فى الأصح، لعدم لزوم البيع بسبب جهالة المبيع ، فلم يقع لازماً ، وما كان غير لازم عليه ، له أن يفسخه[1] .

* * *

مادة (٧٦) :

« رؤية ما يدل على العلم بالمقصود كافية لسقوط الخيار فى المبيع الواحد ، وفى المتعدد الذى لا تتفاوت آحاده » .

المذكرة الإيضاحية

الأصل فى هذا أن رؤية جميع المبيع غير مشروطة لتعذرها ، فيكتفى برؤية مايدل على العلم بالمقصود . والمراد أن رؤية ذلك قبل الشراء كافية فى سقوط خياره بعده ، لأنه قد اشترى ما رأى فلا خيار له .

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ٦٨ ، ٦٩ ، فتح القدير جـ ٥ ص ١٣٩

والمبيع إما أن يكون :

(ا) شيئاً واحداً : وفى هذه الحالة ليست رؤية الجميع شرطاً لبطلان خيار الرؤية ، لأن رؤية الجميع قد تكون متعذرة ، مثل أن يكون المبيع ثوباً مطوياً ، فإن البائع يتضرر بانكسار ثوبه بالطى والنشر ، فيكتفى برؤية مايدل على العلم بالمقصود على حسب اختلاف المقاصد .

وقال زفر : لابد من نشر كله . وهو المختار .

(ب) او أشياء متعددة آحاده متفاوتة : كالثياب والدواب ، فلابد من رؤية كل واحد ، لأن رؤية البعض لاتعرف الباقى لتفاوت آحاده .

(ح) أو أشياء متعددة آحاده غير متفاوتة : كالمكيل والموزون والعددى المتقارب فيكتفى برؤية واحد منها فى سقوط الخيار ، لأن برؤية البعض يعرف الباقى لعدم التفاوت . إلا أن يكون الباقى أردأ مما رأى ، فان كان معيباً يبقى خيار الرؤية والعيب ، وإن كان غير معيب يبقى خيار الرؤية[1] .

* * *

مادة (٧٧) :

« يسقط خيار الرؤية برؤية وكيل القبض أو الشراء ، دون رؤية الرسول » .

---

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ٧٠ ، ٦٨ ، ٦٩ ،وفتح القدير جـ٥ ص١٤٢، ١٤٣

المذكرة الإيضاحية

تضمن نص المادة : حكم رؤية وكيل الشراء ، ورؤية وكيل القبض ، ورؤية رسول القبض أو الشراء .

وصورة التوكيل بالشراء : أن يقول المشترى للوكيل : كن وكيلا عنى بشراء كذا ، فرؤية هذا الوكيل تسقط الخيار بالإجماع ، هذا لو وكله بشراء شيء لا بعينه ، لأن المعين ليس للوكيل فيه خيار رؤية ، وإذا شرى الوكيل ما رآه موكله ، ولم يعلم برؤية الموكل ، فله الخيار إذا لم يره (كما فى جمع الفصولين) وهذا بخلاف ما إذا وكله بالرؤية مقصوداً ، وقال : إن رضيته فخذه ، لا يصح التوكيل ، ولا تصير رؤيته كرؤية موكله (جامع الفصولين) قال فى البحر : لأنها مباحات لا يتوقف على توكيل ، إلا إذا فوض إليه الفسخ والإجازة .

وإذا رأى الوكيل المبيع قبل أن يوكل بشرائه ، فلا أثر لرؤيته هذه ولا يسقط بها الخيار (نهر) .

وصورة التوكيل بالقبض : كن وكيلا عنى بقبض ما اشتريت وما رأيته ، وهذه تسقط الخيار عند أبى حنيفة إذا قبضه ناظراً إليه ، فحينئذ ليس له ولا للموكل أن يرده إلا بعيب ، أما إذا قبضه مستوراً ثم رآه فأسقط الخيار فانه لا يسقط لأنه لما قبضه مستوراً انتهى الوكيل بالقبض الناقص ، فلا يملك إسقاطه إن قصدا ، لصيرورته أجنبياً .

وإن ارسل رسولا لقبضه فقبضه بعد ما رآه فللمشترى أن يرده وصورة ذلك أن يقول : كن رسولا عنى فى قبضه ، أو أمرتك بقبضه، أو أرسلتك لتقبضه .

وقال أبو يوسف ومحمد : الوكيل بالقبض والرسول سواء فى أن قبضهما بعد الرؤية لايسقط خيار المشترى(١) .

* * *

مادة (٧٨) :

« يثبت خيار الرؤية للأعمى :

١ — فى المنقول بما يقوم عنده مقام الرؤية .

٢ — وفى العقار بالوصف .

المذكرة الإيضاحية

(ا) بيع الأعمى وشراؤه صحيح ، وله خيار الرؤية إذا اشترى ، ويكون ذلك بجس المبيع ، أو شمه ، أو ذوقه ، فيما يعرف بذلك ، وبوصف العقار له ووصف كل مالا يعرف بجس أو شم أو ذوق ، لأن الوصف يقوم مقام الرؤية ، وبكل مايقف به على صفة المبيع

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٧٠ ، ٧١

أو بنظر وكيله بالشراء أو القبض ولو أبصر بعد ذلك فلا خيار له ، لأنه قد سقط .

(ب) ويسقط خياره إذا وجد منه الجس أو الشم أو الذوق .. الخ قبل الشراء أما لو اشترى قبل أن يوجد ذلك منه لا يسقط خياره . بل يثبت له الخيار بالاتفاق ، ويمتد الخيار إلى أن يوجد منه مايدل على الرضا من قول أو فعل كأن يشترى أرضاً ويأمر آخر بزرعها له . فيسقط خياره ، كما يسقط الخيار بتعيب المبيع عنده أو بهلاك بعضه(١).

* * *

مادة (٧٩) :

« ليس لمن له خيار الرؤية أن يرد بعض المبيع دون البعض الآخر » .

المذكرة الإيضاحية

تقدم فى شرح المادة (٥٤) أن فى الجمع بين الأشياء المتفاوتة الآحاد فى البيع ، أن رؤية بعضها لا يعرف الباقى . بل لابد من رؤية كل واحد منهما ؛ وعلى هذا إذا رأى أحد الثوبين مثلا فاشتراهما ثم

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ٧٠ ، ٧١

رأى الآخر ، فله الخيار . لكن لا يرد الذى رآه وجده . بل يردهما معاً إن شاء ، كى لا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام ، لأن الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده(١) .

* * *

مادة (٨٠) :

« شراء المشترى الشيء بعد رؤيته لقصد شرائه مسقط لخياره ، إذا كان ما رآه لم يتغير ، والقول للبائع بيمينه إذا اختلفا ان كانت المدة قريبة ، وللمشترى ان كانت بعيدة » .

المذكرة الإيضاحية

من اشترى شيئاً سبقت له رؤيته ، وكان قاصداً لشرائه عند تلك الرؤية ، عالما بأنه هو الذى سبقت له رؤيته وقت الشراء ، فلا خيار له ، لأن العلم بأوصافه حاصل له بتلك الرؤية السابقة ، إلا إذا كان لا يعلم أنه هو الذى رآه — كما إذا اشترى ثوباً ملفوفاً كان رآه من قبل وهو لا يعلم أن الذى اشتراه هو ذلك المرئى . فان له الخيار فى هذه الحالة لعدم الرضا به .

---

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٧١ ، فتح القدير ج ٥ ص ١٤٨

وإن وجده متغيراً عن الحالة التى رآه عليها . كان له الخيار ؛ لأن تلك الرؤية لم يقع معلمة بأوصافه فكأنه لم يره .

وإذا اختلف البائع والمشترى فى تغير المبيع ، فقال البائع لم يتغير ، وقال المشترى تغير ، فالقول للبائع مع يمينه ، لأن دعوى التغير — بعد ظهور سبب لزوم العقد وهو رؤية مايدل على المقصود من البيع — دعوى أمر حادث بعده والأصل عدمه والمشترى يدعيه ، والبائع ينكره ، والقول للمنكر مع يمينه ، إلا إذا بعدت المدة بين رؤية المبيع وبين شرائه ، فحينئذ يكون القول للمشترى ، لأن الظاهر يشهد له ، فإن الشىء يتغير بطول الزمان ، ومن يشهد له الظاهر فالقول قوله . قال شمس الأئمة : وبه يفتى الصدر الشهيد ، والإمام المرغينانى فيقول : إن كان لايتفاوت فى تلك المدة غالباً فالقول للبائع ، وإن كان التفاوت غالباً فالقول للشترى . مثاله :

لو رأى دابة فاشتراها بعد شهر وقال : تغيرت ، فالقول للبائع ، لأن الشهر فى مثله قليل .

والمراد التغير بنقصان بعض الصفات ، كنقص الحسن أو القوة ، لا بعروض عيب لأن عروضه قد يكون فى أقل من شهر ، وبه يثبت خيار العيب(١) .

* * *

---

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٧١ ، ٧٢ ، وفتح القدير ج ٥ ص١٤٩ ، ١٥٠

مادة (٨١) :

« اذا اختلف البائع والمشترى فى أصل الرؤية فالقول للمشترى مع يمين » .

المذكرة الإيضاحية

لو اختلف البائع والمشترى فى أصل الرؤية : فقال البائع : رأيت المبيع وقال المشترى : لم أره ، فالقول للمشترى مع يمينه ؛ لأن البائع يدعى أمرا عارضا هو العلم بصفة المبيع والمشترى : ينكر ، والقول قول المنكر مع يمينه(١) .

* * *

مادة (٨٢) :

« تصرف المشترى فى المبيع يسقط خيار الرؤية ولا يرد المبيع الا لعيب ، وان عاد المبيع للمشترى لا يعود الخيار »

---

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ٧٢ ، فتح القدير جـ ٥ ص ١٥٠

مثال ذلك : من اشترى صندوقا به ثياب ، ولم يره وقبضه ، وباع ثوبا منه أو وهبه ، ثم رأى الباقي ، ليس له أن يرد شيئاً منها إلا لعيب ، لأنه تعذر الرد فيما أخرجه عن ملكه ، فلو رد الباقي فقط ، كان تفريقا للصفقة على البائع قبل التمام وهو غير جائز ، لأن خيار الرؤية يمنع تمام البيع ، بخلاف خيار العيب ، فان الصفقة تتم معه بعد القبض ، أما قبل القبض فانه يمنع التمام .

ولو عاد إلى المشترى ما باعه أو وهبه ، هل يعود خيار الرؤية ؟.. ذكر شمس الأئمة السرخسى : أنه يعود ، وله أن يرد الكل بخيار الرؤية ، لارتفاع المانع من الأصل ، وهو تفريق الصفقة ، وعن أبي يوسف لا يعود ، لأن الساقط لا يعود إلا لسبب جديد ، وصحح هذا القول قاضيخان ، وعليه اعتماد القدورى(١) .

* * *

خيار العيب

مادة (٨٣) :

« من اشترى شيئاً ووجد به عيباً فله الخيار فى رده

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ٧٢ ، ١٣ وفتح القدير جـ ٥ ص ١٥٠

أو أخذه بكل ثمنه ، وليس له إمساكه وإنقاص ثمنه إلا برضى البائع » .

المذكرة الإيضاحية

حكم خيار العيب أنه يمنع لزوم العقد بعد تمامه ، فاذا أطلع المشترى على عيب فى المبيع فهو بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن ، وإن شاء رده ، لأن مطلق العقد يقتضى وصف السلامة فى المعقود عليه من العيب . لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى من عداء ابن خالد بن هوذة عبدا وكتب فى عهدته هذا ما اشترى محمد رسول الله من العداء بن خالد بن هوذة عبدا لاداء ولا غائلة ولا خبيثة بيع المسلم من المسلم — وفى هذا تنصيص على أن البيع يقتضى سلامة المبيع عن العيب ، ووصف السلامة يفوت بوجود العيب ، فعند فواته يتخير ، لأن الرضا داخل فى حقيقة البيع ، وعند فواته ينتفى الرضا فيتضرر بلزوم مالا يرضى به . وهذا التخيير إذا لم يتعين على المشترى إمساكه وذلك إذا وجد مانع يمنع الرد ، بأن حدث عنده عيب آخر ، فيتعين فى هذه الحالة أخذ المبيع .

وليس للمشترى أن يمسك المبيع ويطالب البائع بما يقابل نقصان العيب من الثمن ، لأن العيب وصف ، والأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن فى مجرد العقد ، ولأن الثمن عين ، فإنما يقابله بمثله ، والوصف دونه فانه عرض لا يحرز بانفراده فلا يقابل به إلا تبعا لعروضه غير متفرد به ، ولأن البائع لم يرض بزوال المبيع عن ملكه بأقل من المسمى ، وفى إمساكه وأخذ النقصان زواله بالأقل فلم يكن مرضية وعدم رضا البائع بزوال المبيع مناف لوجود البيع ، فيكون إلزاما على البائع بلا بيع وفيه من الضرر مالا يخفى ، والمشترى وإن كان يتضرر بالعيب لكن يمكن تداركه برد المبيع بدون مضرة ، فلا ضرورة فى أخذ النقصان .

فان رضى البائع بامساك المشترى المبيع المعيب ونقص ثمنه فله أن يمسكه(١) .

* * *

مادة (٨٤) :

« العيب المثبت للخيار هو ما يوجب نقصاً فى القيمة ولا يزال إلا بمشقة » .

---

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٧٤ ، ٧٥ ، فتح القدير ج ٥ ص ١٥١ ــ ١٥٣

هذا ضابط العيب الذى يرد به المبيع ، لأن ثبوت الرد بالعيب لتضرر المشترى وما يوجب نقصان الثمن يتضرر به ، والمرجع فى كونه عيبا أولا لأهل الخبرة بذلك وهم التجار وأرباب الصنائع إن كان المبيع من المصنوعات ، فالمرجع فى معرفة العيب عرف أهله ، سواء كان العيب ينقص العين ، أو لا ينقص منافعها . بل مجرد النظر إليها . وألا يتمكن من إزالته إلا بمشقة(١) .

* * *

مادة (٨٥) :

(ا) العيب الطارىء عند المشترى بغير فعل البائع يمنع رد المبيع إلا برضى البائع ولا يضمن البائع إلا ما نقص العيب الأول الذى كان بالمبيع عنده .

(ب) وإن كان العيب بفعل البائع وكان قبل القبض فللمشترى رده أو أخذه بكل الثمن ويرجع بحصته من الثمن إن كان بعد القبض » .

---

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٧٥ فتح القدير ج ٥ ص ١٥٣

(١) إذا حدث عيب فى المبيع عند المشترى — بغير فعل البائع — بآفة سماوية أو غيرها ، ثم أطلع على عيب كان عند البائع ، فللمشترى أن يرجع بنقصان العيب القديم ، بأن يقوم المبيع سليما عن العيب القديم ، ويقوم معيبا به ، فما كان بينهما من فرق الثمن يرجع به على البائع ، وليس له أن يرد المبيع ، لأن فى الرد اضرارا بالبائع بخروج المبيع من ملكه سليما من العيب الحادث ، وعوده إليه معيبا به ، والاضرار ممتنع ، إلا أن يرضى البائع أن يأخذه بعينه الحادث ، لأنه رضى بالضرر ، والرضا إسقاط لحقه ، إلا أن يمتنع أخذه إياه لحق الشرح بأن كان المبيع عصيرا فتخمر عند المشترى ، ثم أطلع على عيب فانه لو أراد البائع أن يأخذه بعينه لا يمكن من ذلك لما فيه من تمليك الخمر وتملكها ومنعهما من ذلك حق الشرع ، فلا يسقط بتراضيهما على إهداره .

فان قيل : قد تقدم أن الأوصاف لا يقابلها شىء من الثمن .

أجيب : بأنها إذا صارت مقصوده بالتناول حقيقة أو حكما ، كان لها حصة من الثمن وهى هنا كذلك .

والرجوع بالنقصان إنما يكون إذا لم يمتنع الرد بفعل مضمون من جهة المشترى ، أما إذا امتنع الرد بفعل مضمون من جهته ، كأن

باع المبيع او وهبه وسلمه ثم أطلع على عيب فليس له حق الرجوع بالنقصان .

ولو امتنع الرد بفعل غير مضمون له أن يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع « كامتناع الرد لحق الشرع » .

(ب) فإن كان العيب بفعل البائع أو أجنبي ، فان كان بعد القبض رجع المشترى بحصة العيب الأول وامتنع الرد (بحر) ووجب أرش العيب الحادث بفعل البائع ، فحينئذ يرجع على البائع بشيئين :

١ — حصة العيب الأول من الثمن .

٢ — أرش العيب الثانى (ط) .

ولو كان العيب الثانى بفعل أجنبي رجع بالأرش عليه (على الأجنبى) .

وأما إذا كان حدوث العيب الثانى بفعل قبل القبض ، خير المشترى — سواء وجد به عيبا أولا — بين أخذه مع طرح حصة النقصان من الثمن وبين رده وأخذ كل الثمن .

وكذا لو كان بفعل أجنبي فانه يخير ، ولكنه إن اختار الأخذ يرجع بالأرش على الجانى(١) .

* * *

[خيار العيب]

مادة (٨٦) :

« إذا حدثت زيادة فى المبيع ثم وجد المشتري به عيبا ،

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٧٢ ، ٧٣ ، فتح القدير ج ٥ ص ١٥٩ ،

فله رد المبيع فى الزيادة المتصلة المتولدة قبل القبض وبعده ، وفى المنفصلة المتولدةقبل القبض وفى المنفصلة غير المتولدة قبل القبض وبعده ، وليس له الرد فى المتصلة الغير متولدة مطلقا ، والمنفصلة المتولدة بعد القبض ويرجع بالنقصان » .

المـــذكـَرة الإيضَـاحيـّة

الزيادة نوعان : متصلة ، ومنفصلة ، وفى كل إما أن تكون متولدة أو غير متولدة وهذه الزيادة إما أن تكون قبل القبض أو بعده .

فالزيادة المتصلة المتولدة ، كالسمن والجمال لا تمنع الرد قبل القبض ، وكذا بعده فى ظاهر الرواية ، وللمشترى الرجوع بالنقصان ، وليس للبائع قبوله عندهما ، وعند محمد له ذلك .

والمتصلة الغير متولدة ، كغرس وبناء وصبغ وخياطة ، وهذه تمنع الرد مطلقا قبل القبض وبعده .

والزيادة المنفصلة المتولدة ، كالولد والثمر فقبل القبض لا تمنع ، فان شاء ردها أو رضى بهما بجميع الثمن ، وبعد القبض تمنع الرد ، ويرجع بحصة العيب .

والمنفصلة الغير متولدة ، ككسب وغلة وهبة ، فقبل القبض لا تمنع الرد ، فاذا رد ، فالزيادة للمشترى بلا ثمن عند أبى حنيفة ولا تطيب له ، وعندهما للبائع ولا تطيب له .

وبعد القبض لا تمنع الرد أيضا وتطيب له الزيادة(١) .

* * *

مادة (٨٧) :

« إذا تصرف المشترى فى المبيع ثم علم بعيب فيه رجع بنقصانه ، إلا إذا كان التصرف بالبيع فإنه يرد ما بقى ولا يرجع بالنقصان » .

المذكرة الإيضاحية

لو كان المبيع طعاما فأكله المشترى كله أو بعضه ثم علم بعيب كان فيه ، فانه يرجع بالنقصان استحسانا عند أبى يوسف ومحمد وعليه الفتوى (بحر) وروى عنهما : يرد ما بقى ويرجع بنقصان ما أكل وعليه الفتوى (اختيار وقهستانى) وعن أبى حنيفة انه لا يرجع وهو الاستحسان (هداية : عناية : فتح : تبيين) .

---

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٨٦ ، ٨٧

ولو كان الطعام فى وعاءين فأكله ثم أطلع على عيب فله رد الباقى بحصته من الثمن اتفاقا (ابن كمال وابن فلك) .

وإن باعه ثم أطلع على عيب فعند أبى حنيفة وأبى يوسف لا يرد ما بقى ولا يرجع بالنقصان ، وعند محمد يرد ما بقى ولا يرجع بنقصان ما باع ، وعليه الفتوى (جامع الفصولين عن الخانية) .

ويفهم من هذا أن المفتى به ، أنه لو باع البعض أو أكله يرد الباقى ويرجع بنقصان ما أكل لا ينقص ما باع .

والفرق : أنه بالأكل تقرر العقد فتقرر أحكامه ، وبالبيع ينقطع الملك فتنقطع أحكامه .

وكذلك الحكم فى كل تصرف من المشترى فى المبيع لا يخرجه عن ملكه(١) .

* * *

مادة (٨٨) :

« إذا باع المشترى ما اشتراه ثم رد عليه بعيب ، فإن كان الرد بعد القبض بحكم القاضى رده على بائعه الأول ، وإن كان برضاه لا يرده .

---

(١) ابن عابدين جـ٤ ص ٨٦، ٨٧

وإن كان الرد قبل القبض رده مطلقا فى المنقول دون العقار » .

المذكرة الإيضاحية

إذا باع المشترى ما اشتراه ثم رد عليه بعد القبض بعيب ، فان كان الرد بقضاء القاضى سواء كان باقراره ، أو بنكوله عن اليمين ، أو بينة ، فله أن يرده على بائعه الأول لأنه بالقضاء فسخ من الأصل ، فجعل البيع كأن لم يكن ، إلا إذا حدث به عيب آخر عند البائع الثانى ، ثم رده عليه المشترى منه بالعيب القديم فلا يرده على بائعه بل يرجع عليه بنقصان العيب القديم ، لأن العيب الحادث عنده يمنعه من الرد .

ولو كان الرد قبل القبض فللمشترى الأول ان يرده على البائع الأول مطلقا سواء رد عليه بقضاء أو برضا المشترى الأول (البائع الثانى) لأن بيع المبيع قبل قبضه لا يجوز فلا يمكن جعله بيعا جديدا فى حق غيرهما فجعل فسخا من الأصل فى حق الكل ، وهذا فى غير العقار لأن فى العقار اختلاف المشايخ فعند أبى حنيفة بيع جديد فى حق البائع الأول ، لأن العقار يجوز بيعه قبل القبض عنده فليس له أن يرده

على بائعه كأنه اشتراه بعد ما باعه وعند محمد فسخ لأنه لا يجوز بيعه قبل القبض عنده ، وعند أبي يوسف بيع في حق الكل .

وإن كان الرد برضا البائع (المشترى الأول) بغير قضاء لا يرد على البائع الأول سواء يحدث مثله أو لم يحدث مثله في الأصح لأنه إقالة ، لأن الرد بالعيب بعد القبض إقالة وهي بيع جديد في حق الثالث ، وفسخ في حق المتعاقدين ، والبائع الأول ثالثهما فصار في حقه كأن المشترى اشتراه من الثاني ، فلا خصومة له مع بائعه لا في الرد ولا في الرجوع بالنقصان . بخلاف الرد بالقضاء ، لأنه فسخ في حق الكل لعموم ولايته ، فيصير كأن البائع الأول لم يبعه(١) .

* * *

مادة (٨٩) :

« إذا قبض المشترى المبيع ثم ادعى عيبا فيه لا يجبر على دفع الثمن إن أثبت العيب أو نكل البائع عن الحلف ، فإن عجز المشترى عن الإثبات يحلف البائع على نفي العيب ويأخذ الثمن » .

---

(١) ابن عابدين جـ٤ ص ٩٠ ، ٩١ ، وفتح القدير جـ٥ ص١٦٥-١٦٧ ، ومجمع الأنهر جـ ٢ ص ٤٨

المذكرة الإيضاحية

إذا قبض المشترى المبيع ثم أدعى عيبا موجبا للفسخ أو للحط من الثمن — كأن حدث عنده عيب آخر ، فانه يحط من الثمن نقصان العيب — فانه لا يجبر المشترى على دفع الثمن للبائع لاحتمال أن يكون صادقا فى دعواه ، وعليه أن يقيم البينة لإثبات العيب بأنه وجد بالمبيع عنده . لأنه إذا لم يوجد عنده ليس له أن يرده ، وإن كان موجودا عند البائع لاحتمال أنه زال ، فإذا برهن على أنه وجد العيب عنده يحتاج أن يبرهن أيضاً أن هذا العيب كان بالمبيع عند البائع ، لاحتمال أنه حدث عند المشترى ، فإذا أثبته كذلك رد المبيع على البائع أو قبله ودفع الثمن .

وإذا عجز المشترى عن إثبات البرهان يحلف البائع على نفى العيب عنده ، ويدفع المشترى الثمن ، وإقامة المشترى البرهان أولا ، ثم حلف البائع إن عجز هو الرأى الصحيح .

ويلزم البائع حكم العيب إن نكل عن الحلف ، لأن النكول حجة فى المال بخلاف الحدود(١) .

* * *

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٩١ ومجمع الانهر ج ٢ ص ٤٨

مادة (٩٠) :

« إذا استحق بعض المبيع قبل القبض يخير المشتري في الباقي قيميا أو مثليا ، وبعد القبض يخير في القيمي » .

المذكرة الإيضاحية

إذا استحق بعض المبيع فإن كان استحقاقه قبل القبض ، خير المشترى فى الكل (أى فى القيمى و المثلى) لتفريق الصفقة عليه قبل تمامها ، لأنها قبل القبض لم تتم فلهذا كان له الخيار ، فيخير فى الباقى بعد الاستحقاق بين إمساكه ورده ، وإن كان بعد القبض خير فى القيمى لا فى غيره ، لأن التبعيض فى القيمى كالثوب عيب فيخير بخلاف المثلى لأنه لا يضره التبعيض .

وإن كان بعد القبض فلا خيار له ورجع بثمن المستحق .

وقال الخصاف له أن يرد الكل ويرجع بالثمن ، وفى شرح الطحاوى إذا اشترى شيئاً ثم استحق بعضه . فان كان شيئاً لا يمكن تمييزه إلا بضرر كالدار والأرض والكرم يتخير المشترى وإلا فلا .

* * *

---

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٩٣

مادة (٩١) :

(ا) إذا قبض المشتري أحد المبيعين ، ثم استحق أحدهما أو تعيب ، يخير فى الآخر بين أخذه أو تركه .

(ب) وإن قبض الكل ، ثم استحق بعضه ، بطل البيع بقدره ، ويخير فى الباقى إن ترتب على الاستحقاق عيب » .

المذكرة الإيضاحية

من اشترى شيئين فقبض أحدهما ، ثم استحق أحدهما أو تعيب سواء كان المقبوض أو غيره ، ثبت له الخيار لتفريق الصفقة قبل التمام .

وفى جامع الفصولين عن شرح الطحاوى : لو استحق بعض المبيع قبل قبضه بطل البيع فى قدر المستحق ، ويخير المشترى فى الباقى سواء أورث الاستحقاق عيبا فى الباقى أولا لتفرق الصفقة قبل التمام .

وكذلك الحكم لو استحق بعد قبض بعضه سواء استحق المقبوض أو غيره .

ولو قبض كله فاستحق بعضه بطل البيع بقدره ، ثم لو أرث

الاستحقاق عيبا فيما بقي يخير المشترى ، ولو لم يورث عيبا فيه كثوبين استحق أحدهما ، أو كيلي أو وزني استحق بعضه ولا يضر تبعيضه ، فالمشترى يأخذ الباقى بلا خيار(١) .

* * *

مادة (٩٢) :

« خيار العيب يكون على التراخى وللمشترى الرد ما لم يوجد مبطل له ، فإن لم يجد البائع حتى هلك المبيع يرجع بالنقصان » .

المذكرة الإيضاحية

خيار العيب بعد رؤية العيب يكون على التراخى على المعتمد ، وما فى الحاوى من أنه إذا أمسكه بعد الاطلاع على العيب مع قدرته على الرد كان رضا غريب (بحر) .

فلو وجد عيبا فخاصم ثم ترك ثم عاد وخاصم فله الرد مالم يوجد مبطله كدليل الرضا (فتح) .

وفى الخلاصة : وجد بالمبيع عيبا ولم يجد البائع ليرده فاطعمه

---

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص٩٣،٩٤

وأمسكه ولم يتصرف فيه تصرفا يدل على الرضا فانه يرده على البائع لو حضر ، ولو لم يجد البائع حتى هلك ،رجع بالنقصان ، ولا يرجع على بائعه بالثمن(١) .

* * *

مادة (٩٣) :

« استعمال المشتري للمبيع المعيب بعد علمه بالعيب يعتبر رضا به يمنع الرد والرجوع بالنقصان » .

المذكرة الإيضاحية

لو أطلع المشترى على عيب فى المبيع ثم استعمله بأن كان ثوبا فلبسه أو دابة فركبها لحاجته يعتبر رضا دلالة ، ولو كان ركوبه الدابة لينظر إلى سيرها ولبس الثوب لينظر إلى قدره كما فى النهر وغيره .

والفرق بينه وبين خيار الشرط كما فى الذخيرة : أن خيار الشرط مشروع للاختبار ، واللبس والركوب مرة يراد به ذلك بخلاف خيار العيب فإنه شرع للرد ليصل إلى رأس ماله عند العجز عن الوصول إلى الفائدة فلا يحتاج إلى أن يختبر المبيع .

---

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٩٤

وكذلك كل مفيد رضا بعد علمه يكون ذلك عيبا يمنع الرد وأرش نقصان العيب تعرض المبيع على البيع ولو بأمر البائع ، بأن قال له : اعرضه على البيع فان لم يشتر مثله رده على .

ومما يدل على الرضا بالعيب بعد العلم به ، الإجارة والعرض عليها ، والمطالبة بالقلة والرهن . أما لو آجره ثم علم بالعيب فله نقضها للعذر ويرده بخلاف الرهن فلا يرده إلا بعد فكاكه(١) .

* * *

مادة (٩٤) :

« يكون القول للمشترى مع يمينه إذا اختلف مع البائع بعد القبض فى عدد المبيع أو المقبوض عند رده للمبيع المعيب » .

المذكرة الإيضاحية

اشترى شيئاً وتقابض المتبايعان المبيع والثمن ، ثم ظهر عيب فى المبيع فجاء المشترى ليرده ، فاعترف البائع بالعيب ، إلا أنه قال له : بعتك هذا الشيء وآخر معه ، فلك على رد حصة هذا المعيب فقط من الثمن لا كل الثمن ، وقال المشترى : بعتنى هذا الشيء وحده

---

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٩٤

فاردد كل الثمن ، ولا بينة لأحد ، فالقول للمشترى ، لأن هذا الاختلاف فى مقدار المقبوض ، والقول فيه للقابض أمينا كان أو ضمينا ، ولأن البيع انفسخ فى المردود بالرد وذلك مسقط للثمن عن المشترى ، والبائع يدعى لنفسه بعض الثمن بعد ما ظهر سبب السقوط والمشترى ينكر ، والقول قول المنكر ، وصار كالغصب إذا ادعى المغصوب منه أنه غصبه هذا مع آخر ، أو حدث فيه زيادة فانكر الغاصب فالقول قوله .

وان اتفقا على مقدار المبيع ثم قال البائع قبضته وإنما تستحق حصة هذا ، وقال المشترى لم أقبض من المبيع سوى هذا يكون القول قول المشترى ، لأنه قابض والقول للقابض فى قدر المبيع أو المقبوض وفى صفته ، وفى التعيين(١) .

* * *

مادة (٩٥) :

« إذا اشترى شخص شيئين يمكن إفرادأحدهما بالمنفعة، وقبض أحدهما ووجد بأيهما عيبا ، فله أخذهما معا أو ردهمامعا.

وإن قبضهما رد المعيب وحده ، إلا إذا كان لا ينتفع بالآخر وحده فله ردهما أو أخذهما » .

---

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٩٦، وفتح القدير ج ٥ ص ١٧٤

إذا اشترى ثوبين فى عقد واحد وقبض أحدهما ووجد به أو بالآخر عيبا ، إن شاء ردهما معا أو أخذهما معا بجميع الثمن . ولا يرد المعيب وحده ، لأن الصفقة إنما تتم بقبضهما لأنها تتم بقبض المبيع ولم يوجد ، فيكون رد أحدهما تفريقا للصفقة قبل التمام ، ورد أحدهما بعد قبض الآخر فقط يكون تفريقا للصفقة قبل تمامها ، ولأن القبض له شبه بالعقد ، فالتفريق فيه كالتفريق فى العقد .

وعن أبى يوسف أنه يرد المقبوض خاصة ، لأن الصفقة فيه تمت لتناهيها فيه .

والأصح الأول ، لأن تمام الصفقة يتعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل .

وإن قبضهما ثم ظهر العيب فإنه يرد المعيب وحده ، لأنه تفريق بعد التمام فلا يمنع الرد وحده خلافا لزفر ، لأنه لا فرق بينه وبين ما تقدم ، لأن فيه تفريق للصفقة .

هذا الحكم إذا كان يمكن الانتفاع بأحدهما وحده ، أما إذا لم يمكن الانتفاع بأحدهما كما إذا اشترى خفين ووجد فى أحدهما عيبا لا يرد المعيب وحده اتفاقا ، لأنهما فى المعنى والمنفعة كشىء واحد ، والمعتبر هو المعنى ، ولهذا قالوا لو اشترى زوجى ثور وقبضهما

ثم وجدوا بأحدهما عيبا وقد ألف أحدهما الآخر بحيث لا يعمل بدونه لا يملك رد المعيب خاصة . بل له رده كله أو أخذه .

وكذلك الحكم لو كان المبيع كيليا أو وزنيا وقبضه ووجد ببعضه عيبا ، فإن له رده كله أو أخذه كله بعيبه لأنه كشيء واحد . ولو في وعاءين(١) .

* * *

مادة (٩٦) :

« إذا ظهر عيب فى المبيع المشترى من البائع الغائب ، فأثبته المشترى عند القاضى ، فوضعه عند عدل ، فإن هلك ضمنه المشترى ، إلا إذا قضى القاضى بالرد على البائع فلا يضمن » .

المذكرة الإيضاحية

إذا اشترى من البائع الغائب ثم ظهر عيب فى المبيع وأثبته المشترى عند القاضى فوضعه القاضى عند عدل أمين يحفظه لبائعه . فإن هلك

---

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ٩٧ ، فتح القدير جـ ٥ ص ١٧٤، ١٧٥

المبيع عند العدل هلاك على المشترى . إلا إذا قضى القاضى بالرد على بائعه ، لأن القضاء على الغائب بلا خصم ينفذ على الأظهر (أى لو كان القاضى يرى ذلك) كشافعى ونحوه بخلاف الحنفى(١) .

* * *

مادة (٩٧) :

يصح البيع بشرط براءة البائع من كل العيوب ، وتشمل العيب الموجود ، والحادث بعد العقد قبل القبض ، إلا إذا أبرأه من كل عيب به فلا يدخل الحادث » .

المذكرة الإيضاحية

يصح البيع بشرط أن يبرىء البائع نفسه من العيوب : كان يقول البائع للمشترى بعتك هذه الدابة على أنى برى من كل عيب ، أو هذه الدار على أنها كوم تراب — يراد بذلك إشتمالها على جميع العيوب فإذ اتم البيع على هذه الصفة ورضيه المشترى فلا خيار له لأنه قبله بكل عيب يظهر فيه .

وإن لم تذكر العيوب يصح البيع لأن الابراء لايفضى إلى المنازعة ،

---

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ٩٩

قال فى الفتح .ولنا أن الابراء إسقاط حتى يتم بلا قبول . كما لو طلق نسوته . والاسقاط لا تبطله جهالة الساقط ، لأنها لا تفضى إلى المنازعة .

ويدخل فى البراءة العيب الموجود وقت العقد والحادث بعده قبل القبض فلا يرد المبيع بعيب موجود أو حادث ، وعند محمد : البراءة تتناول الثابت وهو الموجود وقت العقد فقط ، ولأبى حنيفة وأبى يوسف أن الملاحظ هو المعنى ، والغرض من هذا الشرط التزام العقد باسقاط المشترى حقه عن وصف السلامة ليلزم على كل حال ، ولا يطالب البائع بحال ، وذلك بالبراءة عن كل عيب يوجب للمشترى المحدد ، والحادث بعد العقـد كذلك ، فاقتضى الغرض المعلوم دخوله(١) .

ولو أبرأه من كل عيب به لا يدخل الحادث إتفاقاً .

* * *

مادة (٩٨) :

« الابراء من كل داء يقع على ما فى الباطن ، وما سواه مرض » .

---

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٩٩ ، ١٠٠

المـذكـرة الإيضـاحيـة

البيع بشرط البراءة من كل داء ، يراد به ما فى الباطن لأنه المعروف فى العادة والعرف وما وجد بغير الباطن فهو مرض تبعاً للعرف .

وعن أبى يوسف يتناول الكل . لأن الداء فى اللغة هو المرض سواء كان بالجوف أو غيره .

* * *

مادة (٩٩) :

« إقرار البائع عند المساومة بخلو المبيع من العيب لا يمنع الرد إذا تم الشراء بعدها ، إلا إذا عين المساوم العيب » .

المـذكـرة الإيضـاحيـة

إذا ساوم البائع المشترى كأن قال له . إشتر هذه الدابة فليس بها عيب ، ولم يتم بينهما البيع ، ولما اشتراها وجد بها عيباً فله ردها على بائعه بشروط الرد وهى البينة أو إقرار البائع أو نكوله ، وألا يزيد المبيع زيادة مانعة من الرد ، ولا يوجد ما يدل على الرضا بالعيب

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ١٠٠

ولا براءة للبائع من العيوب ، ولا يمنع المشترى من الرد على البائع الاقرار السابق الصادر من البائع بعدم العيب ، لأنه مجاوز عن الترويج للبيع .

ولو عين العيب فقال : لا غور فى عين هذا العبد لايرد لإحاطة العلم به ، فان كان لا يحدث مثله كأن قال : لا أصبع زائدة ثم وجدها فله رده للتيقن بكذبه(١) .

* * *

مادة (١٠٠) :

« المصالحة بمقابل عن العيب عند رد المبيع جائزة من البائع للمشتري وتمنع الرد ، ولا تجوز من المشترى وله الرد » .

المذكرة الإيضاحية

إذا وجد المشترى مشتر يه عيباً وأراد الرد به على البائع ، فاصطلح معه البائع على أن يدفع إليه بعض النقود نظير العيب ولا يرد المبيع عليه جاز ويعتبر ذلك حطاً من الثمن .

وإن اصطلحا على أن يدفع المشترى للبائع بعض النقود ويرد

---

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٠٠ .

عليه المبيع لا يصح لأنه لا وجه له غير الرشوة فلا يجوز ، إلا إذا حدث به عيب عند المشترى فلا يرد .

وفى الصغرى : إذا إدعى عيبا فصالحه على مال ثم برأ أو ظهر أن لا عيب فللبائع أن يرجع بما أدى ، ولو زال بمصالحة المشترى لا يرجع(١) .

* * *

مادة (١٠١) :

«رضا الوكيل بالعيب يلزم الموكل إن كان المبيع مع العيب يساوى الثمن » .

المذكرة الإيضاحية

إذا رضى وكيل الشراء بعيب المبيع الذى اشتراه للموكل ، فان كان المبيع مع العيب الذى به يساوى الثمن الذى اشتراه به لزم الموكل .

وإن كان لا يساوى الثمن لا يلزمه(٢) .

* * *

---

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ١٠٢

(٢) ابن عابدين جـ ٤ ص ١٠٢ ، ١٠٣

البيع الباطل

مادة (١٠٢) :

« البيع الباطل هو ما أروث خللا فى ركن البيع أو محله » .

المذكرة الإيضاحية

البيع الباطل : هومالم يشرع باصله ولا بوصفه ، فهوكل ما أورث خللا فى ركن البيع أو محله ، والمراد بركن البيع الرضا ويستدل عليه بالايجاب والقبول أو المتعاطى ، والمراد بمحله المبيع ، فالبيع بالميتة حتف أنفها والدم باطل لوجود خلل فيه لأن هذه الأشياء لا تعد مالاً عند أحد ممن له دين سماوى(١) .

* • *

مادة (١٠٣) :

« يبطل بيع ما ليس بمال والبيع به » .

---

(١) ابن عابدين جـ ٤ ١٠٥ ، وفتح القدير جـ ٥ ص١٨٥

(٢) ابن عابدين جـ ٤ص ١٨٠

المذكرة الإيضاحية

المال هو ما يميل إليه الطبع ويمكن إدخاره لوقت الحاجة كما سبق تعريفه فى أول البيوع ، والمراد بغير المال ألا يكون مالا فى سائر الأديان كالتراب القليل فى محله والدم المسفوح والميتة حتف أنفها ، والمعدوم : كبيع حق التعلى ، والمضامين : ما فى ظهور الآباء من المنى ، والملاقيح : ما فى البطن من الجنين ، والنتاج . حبل الحبلة أى نتاج النتاج لحد لدابة به مثلا ، فكل ذلك لا يصلح مبيعا أو ثمنا .

ومن ربيع المعدوم ما إذا سمى المبيع جنسا فاذا هو من خلافه فيبطل البيع ، والمراد بالجنس : الجنس الفقهى وهو المقول على كثير لا يتفاوت الفرض منها فاحشا ، فمثلا الذكر والأنثى فى بنى آدم جنسان لتفاوت الأغراض ، وفى سائر الحيوانات جنس واحد للتقارب فيها ، قال فى الفتح ، ومن مختلفى الجنس ما إذا باع فصا على أنه ياقوت فاذا هو زجاج فالبيع باطل لعدم الجنس ، ولو باعه ليلا على أنه ياقوت أحمر فظهر أنة أصفر صح البيغ ويخير ، وإذا باع كبشا فاذا هو نعجة حيث ينعقد البيع ويخير لفوات الوصف .

* * *

مادة (١٠٤) :

« كل مال غير متقوم يبطل بيعه بالثمن ويفسد بالعرض » .

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ١٠٥ ، ١٠٦ ، ١٠٧

المذكرة الإيضاحية

المال نوعان : متقوم وغير متقوم ، والتقوم على ما ذكر فى التلويح ضربان : عرفى : وهو بالاحراز فغير المحرز كالصيد قبل إحرازه .

وشرعى : وهو بإباحة الانتفاع به .

فالمال المتقوم : ما يباح الانتفاع به شرعا .

وغير المتقوم : مالايباح الانتفاع به شرعا كخمر وخنزير كذلك ميتة لم تمت حتف أنفها بل بالخنق ونحوه كالجرح والضرب من أسباب الموت عدا الذكاة الشرعية فإنها أى الميتة التى لم تمت حتف أنفها مال عند الذمى كخمر وخنزير ، وهذا إن بيعت بالثمن أى بالدين أى : ما يثبت فى الذمة كدراهم ودنانير ومكيل وموزون بطل فى الكل فى حق المسلم ، وهذا البطلان لأن المبيع هو الأصل وليس هذا محلا للتمليك فبطل فيه فكذا فى الثمن بخلاف ما إذا كان الثمن عينا كعرض فإن البيع يبطل فى الخمر ويفسد فى العرض لأنه مبيع بين وجه مقصود بالتملك ، ولكن فسدت التسمية فوجبت قيمته فيملكه بالقبض بهذه القيمة[1] .

* * *

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ١٠٨ .

مادة (١٠٥) :

« إذا بيع مال متقوم منضما إليه ما لا يصح بيعه بطل البيع وإن سمى لكل ثمن »[1].

المذكرة الإيضاحية

إذا ضم إلى ما يصح بيعه شرعا كالشاة المذكاة مالا يصح بيعه شرعا كالشاة التى ماتت حتف أنفها فالبيع باطل عند الإمام وإن سمى للمذكاة ثمن وللتى ماتت حتف أنفها ثمن آخر لأن الصفقة متحدة ، والميتة التى ماتت حتف أنفها لا تدخل تحت العقد لأنها ليست بمال عند أحد ممن له دين سماوى فكان القبول فيه شرطا للبيع فى الذكية ، وهو شرط فاسد فيبطل البيع فى الذكية .

وقال الصاحبان : إذا فصل ثمن كل جاز فى الذكية بحصتها من الثمن لأن الصفقة متعددة معنى فلا يسرى الفساد من إحداها إلى الأخرى .

ومبنى الخلاف : أن الصفقة لا تتعدد بمجرد تفصيل الثمن بل لا بد من تكرار لفظ العقد عند الإمام خلافا لهما .

وظاهر النهاية : يعتبر أنه فاسد ، وعزا هذا القهستانى للمحيط والمبسوط وغيرهما .

---

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٠٨، ١٠٩

ومقتضى قوله : فكان القبول شرطاً فاسداً الخ ان يكون البيع فاسداً لا باطلا فيوافق ظاهر النهاية ولعل فى المسألة قولين .

وكذا تعليلهم بأنه بيع بالحصة ابتداء يقتضى الفساد ، لأن بيع الحصة ليس فيه إلا الخلل فى الثمن وهو يقتضى الفساد .

فالظاهر أن يحمل البطلان على الفساد لا العكس خلافا لما رجحه ابن عابدين اه « من التعليق على ابن عابدين » .

* * *

مادة (١٠٦) :

« إذا بيع ملك منضما إليه وقف فالبيع صحيح فى الملك إلا إذا كان المنضم إليه المسجد العامر فهو باطل »(١) .

المذكرة الإيضاحية

إذا بيع ملك ضم إليه وقف المسجد العامر ، فالبيع باطل فىالملك والوقف معا ، لأن وقف المسجد العامر لا يعتبر مالا ، ولو من وجه وما ليس بمال لا يكون محلا للبيع الذى هو مبادلة بالمال ، وإذا بطل فيما هو للمسجد بطل فيما ضم إليه ، حيث إن الصفقة واحدة .

وإذا ضم الى الملك وقف المسجد الغامر (الخراب) أو غيره من سائر الأوقاف ولو عامرة ففيه روايتان :

---

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ١٠٩ ، ١١٠

الأولى : البطلان فيهما لأن الوقف لا يقبل التمليك والتملك .

الثانية : أنه صحيح فى الملك ، فاسد فى الوقف لأن وقف المسجد الغامر (الخراب) يجوز بيعه اذا خرب فى أحد القولين فصار مجتهداً فيه ، فيصح بيع ما ضم اليه ، ومثله جميع الأوقاف ولو عامرة ، فإنه يجوز بيعها عند الحنابلة ليشترى بها ما هو خير منها كما فى المعراج .

قال ابن عابدين ما ملخصه : والحاصل أن هنا مسألتين :

الأولى : أن بيع الوقف باطل ، ولو كان غير مسجد خلافا لمن أفتى بفساده ، لكن المسجد العامر ليس بمال من كل وجه وغيره مال من وجه من حيث كونه مجتهداً فيه .

الثانية : إذا كان مالا من وجه يكون بيع ما ضم إليه الوقف صحيحاً ، ولو كان الوقف محكوماً به خلافاً لما أفتى به المفتى أبو السعود ، الذى قيده بما إذا لم يحكم بلزومه .

ولو بيعت أرض فيها مساجد ومقابر ولم يستثنها فالبيع صحيح على الأصح فى الأرض ، لأن المساجد والمقابر مستثنى عادة فلم يوجد ضم الوقف إلى الملك ، بل البيع واقع على الملك وحده .

* * *

مادة (١٠٧) :

«يبطل بيع المجنون وبيع المعتوه والصبي اللذين لا يعقلان»[١] .

---

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١١٠

المذكرة الإيضاحية

يبطل بيع المجنون المطبق وكذا بيع الذى يفيق ويجن إذا باع حالة جنونه ، وذلك لانعدام الأهلية فيهما ، ويبطل كذلك بيع الصبى والمعتوه اللذين لا يعقلان لعجزهما عن الفهم بخلاف الذى يعقل منهما .

* * *

مادة (١٠٨) :

« يبطل بيع شعر الآدمى »[1] .

المذكرة الإيضاحية

لايجوز بيع شعر الإنسان لأن الآدمى مكرم شرعاً ، وإن كان كافراً قال تعالى : « ولقد كرمنا بنى آدم » الآية ، فإيراد العقد عليه وابتذاله وإلحاقه بالجمادات إذلال له وهو غير جائز ، وبعضه كالشعر مثلا فى حكمه وصرح فى فتح القدير ببطلانه .

وكما لا يجوز بيعه لا يجوز الانتفاع به لحديث « لعن الله الواصلة والمستوصلة » .

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ١١٠

قال الزيلعى : إنما لعنا الانتفاع به لما فيه من إهانة المكرم اهـ .
ويرخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد فى قرون النساء وذوائبهن هداية .

* * *

مادة (١٠٩) :

« يبطل بيع ما سيملكه إلا بطريق السلم »[١] .

المذكرة الإيضاحية

للإنسان أن يبيع ملك غيره بطريق الوكالة أو الفضول والأول صحيح نافذ والثانى صحيح موقوف على إجازة المالك ، ويبطل بيع ماسيملكه قبل ملكه له لبطلان بيع المعدوم كنتاج النتاج ، وبيع ماله خطر العدم كالحمل واللبن فى الضرع فانه على احتمال عدم الوجود ، وإنما بطل فى المعدوم وماله خطر العدم لأن من شرط المعقود عليه أن يكون موجوداً مالا متقوماً مملوكا فى نفسه وأن يكون ملك البائع فيما يبيعه لنفسه وأن يكون مقدور التسليم (منح) .

وهذا البطلان إذا كان البيع بغير طريق السلم ، أما إذا كان

---

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ١١٠

بطريق السلم فإنه يصح أن يبيع لنفسه ماليس فى ملكه لأنه عليه الصلاة والسلام « نهى عن بيع ماليس عند الإنسان ورخص فى السلم » وكذا يصح أن يبيع ماغصبه ثم أدى ضمانه كما تقدم فى أول البيوع .

• • •

مادة (١١٠) :

« لايترتب على البيع الباطل ثبوت ملك التصرف للمشترى فإذا هلك المبيع فى يده بلا تعد لا يضمنه »[١] .

المذكرة الإيضاحية

البيع إذا وقع باطلا لايفيد ملك التصرف وإن اتصل به القبض ، فلو هلك المبيع عند المشترى بلا تعد لايضمنه لأنه أمانة فى يده ، وذلك لأن العقد قد بطل وإذا بطل بقى مجرد القبض باذن المالك وهو لايوجب الضمان إلا بالتعدى (درر) .

وقال فيه أيضاً : يكون مضموناً لأنه يصير كالمقبوض على سوم الشراء وهو المأخوذ ليشترى مع تسمية الثمن كأن يقول : إذهب بهذا فاذا رضيت به اشتريته بما ذكر (درر) .

---

(١) فتح القدير جـ ٥ ص ١٧٨ ، والعناية ، وابن عابدين جـ ٤ ص ١١٠

وفى النهر : واختار السرخسى وغيره أن يكون مضموناً بالمثل أو بالقيمة لأنه لايكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء لوجود صورة العلة دون المقبوض على سوم الشراء وهو قول الأئمة الثلاثة .

وفى القنية : أنه الصحيح لكونه قبضه لنفسه فشابه الغصب ، قيل وعليه الفتوى ، وقيل الأول : أى عدم الضمان قول أبى حنيفة ، والثانى : أى الضمان قولهما وتمامه فيه .

* * *

مادة (١١١) :

« يبطل البيع المصرح فيه بنفى الثمن »[١] .

المذكرة الإيضاحية

البيع الذى صرح فيه بنفى الثمن يقع باطلا ، وذلك لانعدام ركن البيع وهو المال أى من أحد الجانبين فلم يكن بيعاً ، وقيل ينعقد لأن نفيه لم يصح لأنه نفى للعقد فصار كأنه سكت عن ذكر الثمن ، وفيه ينعقد البيع ويثبت الملك بالقبض « أفاده فى الدرر » .

* * *

(١) ابن عابدين جـ٤ ص١١١

مادة (١١٢) :

« بيع شعر الخنزير باطل وإن جاز الانتفاع به لضرورة »[١] .

المذكرة الإيضاحية

الخنزير نجس العين بجميع أجزائه فيبطل بيع شعره لهذه النجاسة . وأورد فى الفتح على هذا التعليل بيع السرقين فإنه جائز للانتفاع به مع أنه نجس العين ا هـ .

قال فى النهر كرد على الفتح : (بل الصحيح عن الإمام أن الانتفاع بالعذرة الخالصة جائز ا هـ . قال ابن عابدين (أى مع أنه لا يجوز بيعها خالصة) ، وقد نقل بطلان بيع شعر الخنزير فى الشرنبلالية عن البرهان وفيه اعترض على صاحب تنوير الأبصار حيث عده فى الفاسد ، قال ابن عابدين : لكن قد يقال : أنه مال فى الجملة حتى قال محمد بطهارته لضرورة الخرز به للنعال والأخفاف .

قال فى الدر : وجواز الانتفاع به للضرورة إذا وجد بلا ثمن وأما إذا لم يوجد إلا بثمن فيجوز شراؤه ويكره البيع لأنه لا حاجة إليه للبائع فلا يطيب ثمنه له .

---

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ١١٨ ، ١١٩ ، وفتح القدير حـ ٥ ص ٢٠٢ ، ٢٠٣ ، ٢٠٤ .

قال فى النهر : وينبغى أن يطيب للبائع الثمن على قول محمد .

قال صاحب الدر المختار فى شأن استعماله للضرورة : (ولعل هذا فى زمانهم أما فى زماننا فلا حاجة إليه كما لا يخفى) وذلك للاستغناء عنه بالخارز والإبر .

* * *

مادة (١١٣) :

« إذا باع المرء مال غيره لنفسه أو من نفسه أو شرط الخيار فيه لمالكه ، فالبيع باطل »[1] .

المذكرة الإيضاحية

إذا باع شخص مالا يملكه غيره لحساب نفسه يبطل بيعه لإضافته لنفسه وهو غير مالك فى الحقيقة ، أو باعه من نفسه « اشتراه » فالبيع باطل كذلك ، لأن الإنسان لا يتولى الطرفين فى البيع ، وكذا يبطل إذا شرط خيار الشرط فيه لمالكه المكلف وهو ثلاثة أيام فقط ، لأن من وقع له عقد الفضولى يثبت له الخيار بلا شرط غير مقيد بمدة فكان اشتراط الخيار له ثلاثة أيام فقط مخالفا للنص لأنه لا فائدة

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٤٢ ، ١٤٣ .

فيه بل فيه ضرر بقصر المدة ، فلذا لم يتوقف على الإجازة بل بطل لضعف عقد الفضولى ، وقد رجح ابن عابدين فساده .

* * *

مادة (١١٤) :

« بيع ما فيه غرر باطل »[١] .

المذكرة الإيضاحية

إذا صاحب عقد البيع غرر فانه يفسده فلو باع حملا (جنينا) يقع البيع فاسدا لما فيه من الغرر وهو الشك فى وجود الحمل ، وقد جزم فى البحر ببطلانه لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع المضامين[٢] والملاقيح[٣] ، وحبل الحبلة ولما فيه من الغرر ويفسد بيع اللبن فى الضرع ، وجزم البرجندى ببطلانه كما يفسد البيع فيما لو باع لؤلؤا فى صدفه للغرر أيضا ، لأنه لا يعلم وجوده ، وينبغى أن يكون باطلا فهو مثل اللبن ، « رملى » ، قال ابن عابدين : ويؤيده ما فى التجنيس رجل اشترى لؤلؤة فى صدف قال أبو يوسف البيع جائز وله الخيار إذا رآه ، وقال محمد : البيع باطل للجهل وعدم القدرة على الاطلاع ،

---

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١١٢ ، ١١٣

(٢) ما فى بطون الإناث من الأجنة .

(٣) ما فى ظهور الذكور من المنى.

إذ لا يمكن الاطلاع إلا بكسر الصدف وفى ذلك ضرر على صاحبه إذ يحتمل ألا يوافق رغبة المشترى ، وقال أبو يوسف : لا ضرر فى كسر الصدف إذ لا ينتفع به إلا بالكسر ، فكان مثل غلاف الحبوب ، وصارت الفتوى على قول محمد ببطلان البيع ، قال الزيلعى : بخلاف ما إذا باع تراب الذهب والحبوب فى غلافها حيث يجوز لكونها معلومة ويمكن تجربتها بالبعض أيضاً ، قال فى النهر : وينبغى أن يكون من ذلك الجوز الهندى ، وكذا يفسد فى ضربة القانص وهو الصائد بالآلة فى البر أو البحر بأن يقول بعتك ما يخرج من إلقاء هذه الشبكة بكذا من النقود ، وكما فى الغائص (الغواص) وهو الذى يغوص بنفسه لإخراج اللؤلؤ كأن يقول : أغوص غوصة فما أخرجته من اللآلىء فهو لك بكذا من النقود ، ورأى صاحب تنوير الأبصار أن البيع فيها باطل وأنه يجب أن يراد بالفاسد الباطل لأنه مما ليس فى ملكه .

* * *

مادة (١١٥) :

« بيع جلد الميتة بالثمن قبل دبغه »[١] .

---

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ١١٩، ١٢٠ ، وفتح القدير جـ ٥ ص ٢٠٣

المذكرة الإيضاحية

جلد المذبوحة يجوز بيعه قبل دبغه إذ الجلد يطهر بالذكاة وأما بيع جلد الميتة قبل دبغه فإنه يقع باطلا إن كان بالثمن لأنه مبيع من كل وجه ، وأما بعد دبغه فإنه يباع وينتفع به لغير الأكل لطهارته ، إلا جلد الإنسان فانه لا يباع لكرامته ، وجلد الخنزير والحية لإهانته واعدم عمل الدباغة فيه .

* * *

مادة (١١٦) :

« بيع غير مقدور التسليم بالثمن باطل »[1] .

المذكرة الإيضاحية

إذا كان المبيع غير مقدور التسليم وقت العقد فان البيع يكون باطلا إذا كان بالثمن ، كما لو باع حيوانا نادا لا يمكن تسليمه ، لأنه لا يمكن جعل الثمن مبيعا ولو من وجه .

* * *

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين جـ ٤ ص ١١١

البيع الفاسد

مادة (١١٧) :

« البيع الفاسد هو كل ما أورث خللا فيما عدا ركن البيع ومحله »[١] .

المذكرة الإيضاحية

البيع الفاسد هو ما شرع بأصله دون وصفه وأورث خللا فيما عدا ركن البيع ومحله .

والمراد بمشروعية أصله أن يكون مال متقوما ، وليس المراد جوازه لأن الفساد ينافى الجواز .

* * *

مادة (١١٨) :

« إذا باع الوصى مال اليتيم بغبن فاحش فسد البيع »[٢] .

---

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين جـ ٤ ص ١٠٥ ، وفتح القدير جـ ٥ ص ١٨٥ ، ١٨٦ .

(٢) ابن عابدين جـ ٤ ص ١١٠ ، ١١١

الغبن الفاحش : المشهور فى تفسيره أنه مالا يدخل تحت تقويم المقومين ، وبيع الوصى بهذا الغبن قيل إنه باطل ، وقيل إنه فاسد ، ورجح فى البحر فساده حيث قال : ينبغى أنه يجرى القولان فى بيع الوقف المشروط استبداله أو الخراب الذى جاز استبداله إذا بيع بغبن فاحش ، وينبغى ترجيح الثانى فيهما (أى كون البيع فى الصورة المذكورة فاسدا) لأنه إذا ملك بالقبض وجبت قيمته فلا ضرر على اليتيم والوقف اهـ .

قال ابن عابدين : وينبغى ترجيح الأول (كون البيع باطلا فى الصورة المذكورة) حيث لزم الضرر يعنى إذا تبين ذلك بأن كان المشترى مفلسا أو مماطلا .

* * *

مادة (١١٩) :

« بيع المضطر وشراؤه بغبن فاحش فاسد »[١] .

---

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ١١١ ، والهداية جـ ٣ كتاب الإكراه

المذكرة الإيضاحية

المضطر هو الذى تلجئه الضرورة أو الإكراه إلى بيع شيء من ماله ، ولم يرض المشترى إلا بشرائه بدون ثمن المثل بغبن فاحش ، أو تلجئه الضرورة أو الإكراه إلى شراء طعام أو شراب أو لباس أو غيرها ولا يبيعه البائع إلا بأكثر من ثمنها بكثير فانه إذا باع أو اشترى فى حالة الاضطرار هذه فبيعه وشراؤه فاسد لا ينقطع حقه عنه ، ولو لحقه القبض إلا بقبض تأيد بالرضاء من جهته بأن قدم المبيع أو الثمن طائعا بعد زوال حالة الاضطرار .

* * *

مادة (١٢٠) :

« البيع المسكوت فيه عن الثمن فاسد »(١) .

المذكرة الإيضاحية

يفسد البيع إذا سكت فيه عن ذكر الثمن لأن مطلق البيع يقتضى المعارضة ، فاذا سكت كان غرضه القيمة ، فكأنه باع بقيمته فيفسد ولا يبطل (درر) .

---

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١١١ .

وإنما فسد ولم يبطل ، لعدم انعدام ركن البيع وهو المال أى من أحد الجانبين .

* * *

مادة (١٢١) :

« يفسد بيع عرض بخمر وعكسه »[١] .

المذكرة الإيضاحية

العرض : هو المتاع القيمى (ابن كمال) فيفسد بيعه بالخمر ولم يبطل لأنه وإن كان بيعه بغير متقوم ، لكن الخمر مال فى الجملة عند الذميين ، وكذلك يفسد عكسه وهو بيع الخمر بالعرض بأن أدخل الباء على العرض ، فينعقد فى العرض لإمكان جعل الخمر ثمنا ، لأنها مال فى الجملة ، وقد سبق فى المادة (١٠٤) أنه إن بيعت الخمر بعين كعرض بطل فى الخمر وفسد فى العين لأنه مبيع من وجه ، وهو مقصود بالتملك ، وإن دخلت عليه الباء ، ولكن فسدت التسمية ، فيملكه بالقبض بالقيمة ، وهذا فى حق المسلم ، وذلك بخلاف بيع العرض بدم أو ميته فإنه باطل لعدم إمكان جعله ثمنا .

---

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ١١١

مادة (١٢٢) :

« بيع غير مقدور التسليم بالعرض فاسد »[(١)] .

المذكرة الإيضاحية

إذا كان المبيع غير مقدور التسليم فإن بيعه يكون فاسدا إذا كان بالعرض لإمكان جعل العرض مبيعا فهو كالبيع المسكوت فيه عن الثمن ، وكذا يكون البيع فاسدا فيما لو باع سمكا بعد صيده ثم ألقاه فى مكان لا يؤخذ منه إلا بحيلة وذلك للعجز عن التسليم ، فلو أمكن أخذ السمك من المكان الذى ألقى فيه بدون حيلة يصح البيع ويثبت للمشترى خيار الرؤية خارج الماء ، لأنه يتفاوت فى الماء وخارجه ، وكذا يكون البيع فاسدا إذا باع طيرا مملوكا له حالة كونه فى الهواء ولا يرجع بعد إرساله من يده ، لأنه غير مقدور التسليم ، ولو سلمه بعد البيع لا يعود إلى الجواز عند مشايخ بلخ ، وعلى قول الكرخى يعود ، وكذا عن الطحاوى وأطلقه فشمل ما إذا كان الطير مبيعا أو ثمنا ، فلو كان الطير المبيع يطير ويرجع كالحمام صح البيع كما فى الهداية والخانية ، وكذا فى الذخيرة عن المنتقى (بحر) .

* * *

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين ج ٤ ص ١١١

مادة (١٢٣) :

« بيع مالا يصح الاستثناء منه فاسد مع الاستثناء »[1] .

المذكرة الإيضاحية

يفسد البيع فيما لا يمكن الاستثناء منه ، كما لو باع حيوانا واستثنى حمله فيفسد بيع هذا الحيوان إذ القاعدة مالا يصح إفراده بالعقد فلا يصح استثناؤه منه لأنه بمنزلة الأطراف فصار استثناؤه شرطا فاسدا وفيه منفعة للبائع فيفسد البيع .

* * *

مادة (١٢٤) :

« يفسد بيع ما ليس بمال متقوم فى نفسه »[2].

المذكرة الإيضاحية

البيع الذى فيه مال لا قيمة له فى نفسه يكون فاسداً كما فى بيع الصوف على ظهر الغنم للنهى عنه ، ولأنه قبل الجز ليس بمال متقوم فى نفسه لأنه بمنزلة وصف الحيوان لقيامه به كسائر أطرافه فهو

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١١٢ ، ١١٣

(٢) ابن عابدين ج ٤ ص ١١٣

كالوصف من الذات وهو لا يفرد بالبيع (فتح) ولأنه يزيد من أسفل فيختلط المبيع بغيره ، وفى رواية أن بيع الصوف على ظهر الغنم جائز كما فى الهداية ، وعلى القول بالفساد ففى السراج لو سلم الصوف واللبن بعد العقد لم ينقلب البيع صحيحا ، فكذا كل ما اتصاله خلقى كجلد حيوان، ونوى تمر ، وبن ، وبذر بطيخ . وحنطة فى سنبلها لأنه معدوم عرفا.

ومقتضى هذا الكلام أن البيع فى هذه الصورة باطل وإلا لصح البيع بزوال المفسد ، وإنما صححوا بيع الكراث ، وشجر الصفصاف وأوراق التوت بأغصانها ، وقوائم الخلاف مع أنها تزيد للتعامل إذ لا نص فيه ، فلا يلحق به المنصوص عليه ، وأيضاً فالقوائم تزيد من أعلاها أى فلا يحصل اختلاط المبيع بغيره بخلاف الصوف ويعرف ذلك بالخضاب كما أفاده الزيلعى ، فإن الصوف إذا خضب يعلو الخضاب مع أطرافه ، والقوام لو ربط بأسفلها خيط ارتفعت الأغصان من أعلاه .

* * *

مادة (١٢٥) :

«يفسد بيع مالا يمكن تسليمه إلا بضرر وبيع فيه جهالة»[١] .

المذكرة الإيضاحية

إذا لم يمكن تسليم المبيع إلا بحصول ضرر فإن البيع يقع فاسداً كجذع مثلا وهو القطعة من النخل أو غيره توضع عليها الأخشاب إذا

(١) فتح القدير نقلا عن ابن عابدين ج ٤ ص ١١٣

يبع وهو فى السقف سواء أكان معينا أو غير معين ، فإن البيع يكون فاسداً للضرر فى تسليم المبيع فى الأول وللضرر والجهالة فى الثانى ، وكذلك إذا بيع ذراع من ثوب يضره التبعيض كالثوب المهيأ للبس ، وأيضاً لا يجوز بيع حلية من سيف ، وبيع فص من خاتم مركب فيه، وكذا بيع نصف زرع لم يدرك ، لأنه لايمكن تسليمه إلا بقطع جميعه، وكذا نصيبه من ثوب مشترك من غير شريكه فإن البيع يكون فاسداً وذلك للجهالة ، ولعدم إمكان التسليم إلا بضرر ، أما لو قطع وسلم قبل فسخ المشترى عاد البيع صحيحا ، ولو غير معين وجزم به فى الفتح لأنه معلل بلزوم الضرر والجهالة ، فإذا تحمل البائع الضرر وسلمه زال المفسد وارتفعت الجهالة أيضاً ولولم يضره القطع كـكرباس جاز البيع ، كما يجوز بيع قفيز من صبرة لانتفاء المانع .

* * *

مادة (١٢٦) :

« بيع المزابنة فاسد »[١] .

المذكرة الإيضاحية

المزابنة من الزبن : وهو الدفع لأنها تؤدى إلى النزاع ، والمدافعة كما فى البحر عن الفائق وهى : بيع ارطب على النخل بتمر مقطوع مثل كيله تقديراً : أى بأن يقدر الرطب الذى على النخل بمقدار مائة

(١) ابن عابدين حـ ٤ ص ١١٤

صاع مثلا بطريق الظن والحزر فيبيعه بقدره من التمر ، ومثله العنب أى على الكرم بالزبيب (عناية) .

فالبيع حينئذ يكون فاسداً للنهى ، ولشبهة الربا لأنه بيع مكيل بمكيل من جنسه مع احتمال عدم المساواة بينهما بالكيل ، فلو لم يكن ما بيع بالتمر المقطوع رطبا أو ما بيع بالزبيب عنبا جاز لاختلاف الجنس.

* * *

مادة (١٢٧) :

« يفسد بيع ما فيه معنى المقامرة »[١] .

المذكرة الإيضاحية

كل بيع فيه معنى المقامرة يكون فاسداً ، فبيع الملامسة للسلعة وهى: أن يلمس كل من المتبايعين ثوب صاحبه بغير تأمل ليلزم اللامس البيع من غير خيار له عند الرؤية ، وهذا بأن يكون مثلا فى ظلمة أو يكون الثوب مطويا مرئيا ، يتفقان على أنه إذا لمسه فقد باعه منه ، وفساده لتعليق التمليك على أنه متى لمسه وجب البيع وسقط خيار المجلس .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١١٤ ، ١١٥

وكذلك الحكم في بيع المنابذة : أي نبذ السلعة للمشترى ، بأن ينبذ كل واحد من المتبايعين ثوبه إلى الآخر ولا ينظر كل واحد منهما إلى ثوب صاحبه على جعل النبذ بيعا ، وكذلك الحكم بالقاء الحجر ، وهو : أن يلقى حصاة أو نحوها ، وثمة أثواب فأى ثوب وقع عليه كان المبيع بلا تأمل ورؤية ، ولا خيار بعد ذلك ، ولا فرق بين أن يكون المبيع معينا أو غير معين .

وهذه كانت بيوعا يتعارفونها في الجاهلية فنهى عن هذه البيوع كلها (عينى) .

وفي الصحيحين من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ : « نهى عن الملامسة والمنابذة » والنهى لما في كل من الجهالة وتعليق الملك بالخطر ، ولوجود القمار . أي بسبب تعليق التمليك بأحد هذه الأفعال ، فكل هذه البيوع تكون فاسدة إن سبق ذكر الثمن (بحر) أي لتكون علة لفساد ما ذكر وإلا كان الفساد لعدم ذكر الثمن أيضاً إن سكت عنه لما مر في المادة (١٢٠) أن البيع المسكوت فيه عن الثمن فاسد .

* * *

مادة (١٢٨) :

« بيع المبهم القيمى فاسد إذا لم يشترط خيار التعيين »[1] .

---

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ١١٥ ، وفتح القدير جـ ٥ ص ١٩٧

المذكرة الإيضاحية

بيع المبهم المثلى صحيح كبيع قفيز حنطة من صبرة .

وأما بيع المبهم القيمى فانه فاسد لجهالة المبيع كبيع ثوب من ثوبين مثلا ، ولم يشترط خيار التعيين وكانا غير مرتبين .

ويترتب على فساد البيع أن المشترى لو قبض الثوبين وهلكا معا ضمن نصف قيمة كل إذ الفاسد ملحق بالصحيح وضمان المشترى لنصف قيمة كل من الثوبين لأن أحدهما مضمون بالقيمة لأنه مقبوض بحكم البيع الفاسد والآخر أمانة وليس أحدهما بأولى من الآخر فشاعت الأمانة والضمان « بحر » .

أما لو اشترط الخيار وقبض المشترى الثوبين على أنه بالخيار فى أن يأخذ أحدهما فانه يجوز استحسانا ، فاذا هلكا ضمن نصف ثمن كل واحد ، والقيمة فى الفاسد كالثمن فى المبيع الصحيح كما فى البحر .

ولو باع الثوبين مرتبين وهلكا فى يد المشترى فعليه قيمة ما هلك أولا لتعذر رده فتعين مضمونا ويكون القول للضامن فى تعيين الهالك .

وذلك بأن اختلف الثوبان وادعى الضامن ان الهالك هو الأقل قيمة وعكس الآخر ، ولو برهنا فبرهان البائع اولى كالتصريح فى خيار التعيين .

* * *

مادة (١٢٩) :

« يفسد بيع المراعى المباحة »[1] .

المذكرة الإيضاحية

المراعى جمع مرعى بفتح الميم وهو يطلق تارة على مكان الرعى بفتح الراء وتارة على الرعى بكسر الراء وهو الكلأ الذى هو العشب، قال فى البحر : يدخل فيه جميع أنواع ما ترعاه المواشى رطباً كان أو يابساً بخلاف الأشجار لأن الكلأ مالا ساق له والشجر له ساق فلا تدخل فيه والكمأة كالكلأ .

فاذا اريد بالمراعى المكان فيجوز بيعه كما صرح بذلك الفتح أى إذا ملكه . وأما إذا أريد به الكلأ كما هنا فيكون بيعه فاسداً لعدم الملك لحديث : (الناس شركاء فى ثلاث فى الماء والكلأ والنار) أى شركة إباحة لاملك ، وهذا إذا نبتت المراعى بأنفسها .

أما إذا أنبتها بسقى وتربية ملكها فيجوز له بيعها « عينى » .

وهناك رأى بعدم جواز بيعها أيضاً ، وقد عبر شارح تنوير الأبصار ببطلان البيع والأولى التعبير بفساده كسلك صاحب تنوير الأبصار .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١١٥ ، ١١٦ ، وفتح القدير ج ٥ ص ١٩٧

وكما يفسد بيع المراعى تفسد إجارتها لأنها إجارة على استهلاك عين (عينى) .

* * *

مادة (١٣٠) :

«بيع الهوام عدا دود القز وبيضه والنحل المحرز فاسد»[١] .

المذكرة الإيضاحية

لايجوز بالاتفاق بيع الهوام كالحيات والضب والفأرة والوزغة والسلحفاة والقنفذ وكل مالا ينتفع به ولا بجلده ، وكذا لايجوز بيع الضفدع والسرطان ، قال فى الحاوى الزاهدى : ويبطل بيع الأسد والذئب وسائر الهوام والحشرات ولا يضمن متلفها ، ويجوز بيع ما ينتفع بجلده أو عظمه وبيع غير السمك من دواب البحر إن كان له ثمن كالسقنقور وجلود الخز ونحوها ، وكذا يجوز بيع البازى والشاهين والصقر وأمثالها والهرة ويضمن متلفها ، ويجوز بيع ريش الرخمة والحدأة وأمثالها مع عدم جواز بيع الرخمة والحدأة ، وفى الخانية يجوز بيع الكلب المعلم وكذا السنور وسباع الوحش والطير معلماً أو غير معلم ، ويجوز بيع الفيل ، وفى بيع القرد روايتان

---

(١) فتح القدير ج ٥ ص ١٩٨، ١٩٩ ، وابن عابدين ج ٤ ص ١١٦، ١١٧

عن أبي حنيفة ، ونقل السائماني عن الهندية ويجوز بيع سائر الحيوانات سوى الخنزير وهو المختار ، وعليه مشى في الهداية وغيرها من باب المتفرقات .

وفي الحاوي الزاهدي : يجوز بيع الحيات إذا كان ينتفع بها للأدوية وكذلك يجوز بيع بعض الهوام كدود القز وبيضه أي بذره وهو بذر الفيلق الذي فيه الدود والمسمى الآن بالشرانق ، وكذا يجوز بيع النحل إذا كان محرزاً وهو دود العسل وهذا عند محمد وبه قالت الأئمة الثلاثة وبه يفتى (عيني وابن ملك وخلاصة وغيرها) ، وجوز أبو الليث بيع العلق وهو شيء أسود شبيه الدود يكون في الماء يعلق بأفواه الإبل عند الشرب ، وبجواز بيعه يفتى لحاجة الناس إليه ، وفي زماننا يحتاج إليه للتداوي بمصة الدم .

« والحاصل » أن جواز البيع يدور مع حل الانتفاع (مجتبى) ، واعتمده المصنف صاحب تنوير الأبصار .

* * *

مادة (١٣١) :

« يفسد بيع لبن المرأة ولو في وعاء »[١] .

---

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ١١٨ ، وفتح القدير جـ ٥ ص ٢٠١

المذكرة الإيضاحية

لايجوز بيع لبن المرأة بل هو فاسد لأنه جزء الآدمى .

والآدمى لايباع ولا يلزم تقييد ذلك بكونه منصلا ، ومافى البحر من أن الأولى تقييده بذلك لأن حكم اللبن فى الضرع تقدم ، دفعه فى النهر بأن الضرع خاص بذات الأربع كالثدى للمرأة ، فالأولى عدم تقييده ليعم ما قبل الانفصال وما بعده .

وفى ذلك إشارة إلى أنه لايضمن متلفه لأنه ليس بمال .

* * *

مادة (١٣٢) :

« بيع جلد الميتة بالعرض قبل دبغه فاسد »[١] .

المذكرة الإيضاحية

جلد المذبوحة يجوز بيعه قبل دبغه إذ الجلد يطهر بالذكاة وأما جلد الميتة قبل دبغه فانه يكون فاسداً إن كان بالعرض لأنه يمكن أن يكون العرض مبيعاً من وجه ، والجلد كانه ثمن ولما كان غير صالح

---

(١) فتح القدير جـ ٥ ص ٢٠٣ ، وابن عابدين حـ ٤ ص ١١٩ ، ١٢٠

للثمنية جعل كالبيع الذى سكت فيه عن الثمن وهو فاسد ، وأما بعد دبغه فانه يباع وينتفع به لغير الأكل لطهارته بالدبغ إلا جلد الإنسان فانه لايباع لكرامته ، وجلد الخنزير والحية لإهانته ، ولعدم عمل الدباغة فيه .

وفى « المجمع » ونجيز بيع الدهن المتنجس والانتفاع به فى غير الأكل كالاستصباح والدباغة وغيرها (ابن ملك) ، وقيدوا الاستصباح لغير المسجد بخلاف الودك أى دهن الميتة لأنه جزؤها فلا يكون مالا « ابن ملك » وكذا الانتفاع به لحديث البخارى :

« إن الله حرم الخمر والميتة والخنزير والأصنام » قيل : يارسول الله : أرأيت شحوم الميتة فانه يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ، ويستصبح بها الناس قال لا : هو حرام » « الحديث » ، وكما جاز الانتفاع بالدهن المتنجس فى غير الأكل ينتفع بكل مالا تحله حياة من الميتة كعصبها وصوفها وعظمها وشعرها وريشها ومنقارها وظلفها وحافرها فان هذه الأشياء طاهرة لا تحلها الحياة فلايحلها الموت .

* **

مادة (١٣٣) :

« يفسد شراء ما باعه ممن اشتراه بالأقل من قدر الثمن قبل نقده »[١] .

---

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٢٠ ، ١٢١ ، ١٢٢

يكون شراء ماباعه بنفسه أو بوكيله من الذى اشتراه ولو حكماً كوارثه فاسداً إن كان بالأقل من قدر الثمن الأول ، وكالقدر الوصف كما لو باع بألف إلى سنة فاشتراه به إلى سنتين (بحر) قبل نقد الثمن الأول ، وقيد بالكل لأنه لايجوز قبله وإن بقى درهم وبعده يجوز .

وفى القنية : لو قبض نصف الثمن ثم اشترى النصف بأقل من نصف الثمن لم يجز « بحر » .

فالحاصل أن نقد كل الثمن شرط لصحة الشراء لالفساده لأنه يفسد قبل نقد الكل أو البعض ، وصورة ذلك : باع شيئاً بعشرة ولم يقبض الثمن ثم شراه بخمسة لم يجز ، وإن رخص السعر لأن تغير السعر غير معتبر فى حق الأحكام كما فى حق الغاصب وغيره فعاد إليه المبيع ، كما خرج عن ملكه فيظهر الربح « زيلعى » ، وعدم الجواز معلل بالربا أى لأن الثمن لم يدخل فى ضمان البائع قبل قبضه ، فاذا عاد إليه عين ماله بالصفة التى خرج بها عن ملكه فصار بعض الثمن قصاصاً ببعض بقى له عليه فضل بلا عوض فكان ذلك ربح مالم يضمن وهو حرام بالنص (زيلعى) .

وكما يفسد شراء ماباعه بنفسه يكون شراء من لا تجوز شهادته له كابنه وأبيه كشرائه بنفسه وذلك لاتصال منافع المال بينهم ،

فلا يجوز أيضاً ، ولابد لعدم الجواز من اتحاد جنس الثمن ، وكون المبيع بحاله فان اختلف جنس الثمن أو تعيب المبيع جاز مطلقاً ، أى سواء كان الثمن الثانى أقل من الأول أولا لأن الربح لا يظهر عند اختلاف الجنس اهـ فتح .

ولأن المبيع لو انتقص يكون النقصان من الثمن فى مقابلة ما نقص من العين سواء كان النقصان من الثمن بقدر ما نقص منها أو با كثر منه (بحر عن الفتح) ، وقيد الفساد بالأقل من الثمن الأول لأنه يجوز بالاكثر منه ، وكذا يصح البيع فيما ضم إلى المبيع كأن يبيع بعشرة ولم يقبض الثمن ، ثم اشترى ما باعه مع شيء آخر بعشرة فسد الاول وجاز فى الآخر فيقسم الثمن على قيمتهما ولا يشيع الفساد لأنه طارىء ولمكان الاجتهاد .

* * *

مادة (١٣٤) :

« يفسد بيع مسيل الماء وهبته ، إذا لم يبين مقدار المسيل ويفسد بيع حق التسييل وهبته »[١] .

---

(١) ابن عابدين حـ ٤ ص ١٢٢ ، ١٢٤

يفسد بيع مسيل الماء وهبته ، لأن المسيل مجهول إذ لا يدرى قدر ما يشغله من الماء ، ويفسد أيضاً بيع حق التسييل وهبته سواء كان على الأرض لجهالة محله كما مر أو على السطح لأنه نظير حق التعلى وبيع حق التعلى لايجوز باتفاق الروايات لأنه ليس حقا متعلقاً بما هو مال بل بالهواء فكذا نظيره ، وفساد بيع المسيل وهبته المتقدم ذكره فيما لو لم يبين مقدار المسيل ، أما إذا بين حد ما يسيل فيه الماء أو باع أرض المسيل من نهر أو غيره من غير اعتبار حق التسهيل فهو جائز وفى راوية أخرى أنه لا يجوز وصححه أبو الليث ، ويجوز بيع الشرب فإنه يجوز تبعاً للأرض بالإجماع ، ووحده فى رواية واختاره مشايخ بلخ ، لأنه نصيب من الماء « درر » .

ومحل الاتفاق ما إذا كان شرب تلك الأرض فلو شرب غيرها ففيه اختلاف المشايخ كما فى الفتح والنهر ، وظاهر الرواية فساده إلا تبعاً وهو الصحيح كما فى الفتح ، وظاهر كلامهم أنه باطل ، قال فى الخانية : وينبغى أن يكون فاسداً لا باطلا لأن بيعه يجوز فى رواية وبه أخذ بعض المشايخ .

* * *

مادة (١٣٥) :

« يفسد البيع بثمن مؤجل إلى وقت لا يمكن ضبطه »[١] .

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ١٢٤ ، ١٢٥ ، ١٢٦

المـــذكـــرة الإيضـــاحيـــة

يفسد البيع إذا كان بثمن مؤجل لم يبين المتعاقدان فيه الوقت الذى أجل إليه كما إذا تبايعا إلى الحصاد والدياس وقدوم الحاج لأن هذه الأشياء تتقدم وتتأخر فلو عرفاه جاز ، كما إذا أجلا إلى فطر النصارى بعد ما شرعوا فى صومهم للعلم به وهو خمسة وخمسون يوماً الآن ، ولو تبايعا بثمن مؤجل إلى قدوم الحاج والحصاد للزرع والدياس للحب والقطاف للعنب يفسد البيع ، إذ أن هذه الأشياء تتقدم وتتأخر ، ولو باع مطلقا ولم يذكر الآجال المتقدمة فى أصل العقد بل ذكرت بعده ثم أجل الثمن إليها بشرط أن يكون دينا صح التأجيل، كما لو كفل إلى هذه الأوقات لأن الجهالة اليسيرة متحملة فى الدين والكفالة لا الفاحشة ، ويصح لو أسقط المشترى الأجل فى الصور المذكورة قبل حلوله وقبل فسخ العقد ، أما لو فسخ العقد بالفساد ثم أسقط الأجل لا يعود عقد البيع صحيحاً لارتفاعه بالفساد ، أما إذا باع وأجل الثمن بعد عقد البيع وكان عينا أو أجل المبيع ولو إلى أجل معلوم فسد البيع (شمنى) .

* * *

مادة (١٣٦) :

« يفسد البيع إذا اقترن بشرط لا يقتضيه العقد »

ولا يلائمه وفيه نفع لأحد المتعاقدين ، ولم يجر عرف به ، ولم يرد شرع بجوازه »[1] .

المذكرة الإيضاحية

يكون البيع فاسداً إذا كان فيه شرط يخالف مقتضى العقد ولا يلائمه ، ومعنى كون الشرط يقتضيه العقد : أنه يجب بالعقد من غير شرط ، ومعنى كونه ملائما : أن يؤكد موجب العقد كذا فى الذخيرة ، وفى السراج الوهاج : « أن يكون راجعاً إلى صفة الثمن أو المبيع ، ولابد من أن يتوفر فى الشرط الذى يخالف مقتضى العقد ولا يلائمه شرطان .

١ — أن يكون مقارنا للعقد ، لأن الشرط الفاسد لو التحق بعد العقد قيل يلتحق عند أبى حنيفة وقيل لا وهو الأصح كما فى جامع الفصولين .

٢ — أن يكون فيه نفع لأحد المتعاقدين ، والمراد بالنفع ، ما شرط من أحد المتعاقدين على الآخر ، فلو على أجنبي لا يفسد ويبطل الشرط كما فى الفتح عن الولو الجية ، بعتك الدار بألف على أن يقرضنى فلان الأجنبي عشرة دراهم فقبل المشترى لا يفسد البيع لأنه لا يلزم الأجنبي ولا خيار للبائع اﻫ ملخصاً .

---

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ١٢٦ ، ١٢٧

والشرط الذى لايقتضيه العقد ولا يلائمه إنما يكون مفسداً للبيع اذا توفر الشرطان ولم يجر العرف به ولم يرد الشرع بجوازه، كشرط أن يقطع البائع الثوب ويخيط قباء له، فإن جرى العرف به كبيع نعل مع شرط تشريكه أو ورد الشرط به كخيار الشرط فلا فساد.

* * *

حكم البيع الفاسد:

مادة (١٣٧):

(ا) حكم البيع الفاسد أنه لا يفيد ملك المبيع للمشتري إلا بعد القبض برضا للبائع.

(ب) ويملكه بمثله إن كان مثليا وبقيمته إن كان قيميا.

(ج) وعلى كل من المتعاقدين فسخه قبل القبض وبعده إذا كان قائماً بيد المشتري.

(د) ولا يتوقف الفسخ على القضاء إلا إذا أصر أحدهما على إمساكه[1].

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين جـ ٤ ص ١٣٠، ١٣١ وفتح القدير جـ ٥ ص ٢٢٧ — ٢٣١

حكم البيع الفاسد أنه لا يفيد ملك المشترى للمبيع الا بعد قبضه له برضا البائع صريحاً بأن أمره بالقبض أو دلالة بأن قبضه فى مجلس العقد ولم ينهه البائع عن قبضه ولم يكن فى البيع خيار شرط .

فإذا هلك المبيع بعد قبضه له أو تعذر رده فإنه يملكه بمثله إن كان مثليا فإن انقطع المثل فبقيمته يوم الخصومة .

وإن كان المبيع قيميا يملكه بقيمته يوم قبضه إلا فى ثلاث مسائل :

فى بيع الهازل ، وفى شراء الأب من مال طفله كذلك فإنه لا يملكه حتى يستعمله ، لأن قبض الأب حاصل فلا بد من الاستعمال حتى يتحقق قبض حادث .

وإذا ملكه تثبت جميع أحكام الملك إلا أنه لا شفعة فيه ولا به لو كان عقاراً ، لأن حق البائع لم ينقطع لأنه على شرف الفسخ والاسترداد نفياً للفساد . وإنما ملكه بالمثل أو القيمة حالة هلاكه أو تعذر رده لأنه إذا كان قائماً بحاله وجب رد عينه .

وإنما وجبت القيمة يوم قبضه لأنه دخل به فى ضمانه فلا تعتبر زيادة قيمته كالمغصوب .

ويجب على كل من البائع والمشترى فسخ البيع الفاسد قبل القبض

أو بعده ما دام المبيع بحاله فى يد المشترى ولم يتغير ، لأن الفساد معصية يجب رفعها .

ولا يتوقف الفسخ على قضاء القاضى لأن الواجب شرعاً لايحتاج للقضاء إلا إذا أصر أحدهما على التمسك به وعلم القاضى بذلك فله فسخه جبراً عليه حقاً للشرع .

* * *

مادة (١٣٨) :

«القول للمشترى مع يمينه فى القيمة إذا تعذر رد المبيع[١]»

المذكرة الإيضاحية

إذا تعذر رد المبيع واختلف البائع والمشترى فى قيمته يكون القول للمشترى مع يمينه لأنه ينكر الزيادة التى يدعيها البائع فى القيمة حيث أن المبيع دخل فى ضمان المشترى يوم قبضه فلا تعتبر زيادة قيمته كالمغصوب ، والقول للمنكر مع يمينه .

. . .

مادة (١٣٩) :

« إذا رد المشترى المبيع فى البيع الفاسد على بائعه بوجه

---

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ١٣١

من الوجوه ووقع فى يده فهو متاركة للبيع وبرىء المشترى من ضمانه »[1] .

المذكرة الإيضاحية

لا يضمن المشترى المبيع فى البيع الفاسد إذا رده على صاحبه ووقع فى يده بوجه ما ، كأن وهبه له أو تصدق به عليه أو باعه له أو أعاره أو آجره أو غصبه البائع أو كان عنده وديعة أو رهنا ، والأصل فى ذلك أن المستحق بجهة كجهة الرد للفساد هنا إذا وصل إلى المستحق بجهة أخرى كالهبة ونحوها اعتبر واصلا بجهة مستحقة إن وصل إليه من المستحق عليه وإلا فلا ، أى وإن لم يصل من جهة المستحق عليه بل وصل من جهة غيره إن لم يكن وكيلا له فلا يعتبر حتى أن المشترى فاسداً إذا وهب المشترى من غير بائعه أو باعه لرجل فوهبه الرجل من البائع الأول وسلمه لا يبرأ المشترى عن ضمانه ، ولم يعتبر المعين واصلا إلى البائع بالجهة المستحقة لما وصل من جهة أخرى (جامع الفصولين) .

. . .

مادة (١٤٠) :

« إذا تصرف المشترى فى المبيع بيعاً فاسداً الغير

---

(١) ابن عابدين ص ١٣٢ ، ١٣٣ وفتح القدير حـ ٥ ص ٢٣٣ ، ٢٣٤

بائمه تصرفاً صحيحاً أخرجه عن ملكه بعد قبضه ينفذ البيع ويمتنع الفسخ إلا إذا كان البيع الأول مشوباً بإكراه »[1].

المذكرة الإيضاحية

إذا تصرف المشترى فى المبيع بيعاً فاسداً بعد قبضه تصرفاً صحيحاً باتاً أخرجه عن ملكه كبيع وهبة ، فإذا كان هذا التصرف للبائع فإنه يعتبر نقضاً للبيع الأول ، وأما إذا كان التصرف لغير البائع فإنه ينفذ فى البيع وفى الهبة بعد تسلمها ويمتنع الفسخ لتعلق حق العبدية وهو المشترى الثانى وهذا إذا كان فساد البيع الأول بغير الإكراه ، وأما إذا كان الفساد بالإكراه فلا ينقطع به حق استرداد البائع المبيع وإن تداولته الأيدى وينقض كل تصرف للمشترى يمكن نقضه لتعلق حق البائع الأول به قبل المشترى الثانى ، وإذا لم يمكن نقض التصرف بأن هلك المبيع فإنه يتعين فيه أخذ القيمة من المكره بكسر الراء وكذا لا يمتنع الفسخ إذا كان البيع الثانى فاسداً أو فيه خيار لأن البيع فيهما ليس بلازم ولم يدخل المبيع فى ملك المشترى فى صورة الخيار .

* * *

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ١٣٢ ، ١٣٣ ، والهداية من باب الإكراه جـ ٣ ص ٢٠١ طبعة صبيح

مادة (١٤١) :

(ا) « لا يسقط حق الفسخ فى البيع الفاسد بموت أحد المتعاقدين .

(ب) ولا يأخذ البائع المبيع بعد الفسخ حتى يرد ما قبضه

(جـ) ولو مات البائع فالمشتري أحق بالمبيع من سائر الغرماء

(د) ولو مات المشترى فالبائع أحق من سائر الغرماء بما قبضه حتى يسترد المبيع »[١] .

المذكرة الإيضاحية

إذا مات البائع والمشترى فى البيع الفاسد فلا يبطل حق الفسخ فيه فيخلفه الوارث وبعد الفسخ لا يأخذه بائعه حتى يرد ما قبضه من ثمن أو قيمة لأن المبيع مقابل به فيصير محبوساً به كالرهن بخلاف غير المقبوض كما لو شرى من مدينه بدينه شراء فاسدا فللمشترى حبسه لاستيفاء دينه .

فاذا كان الذى مات هو البائع وفسخ العقد مع ورثته فيكون المشترى أحق بما فى يده من العين من سائر غرماء البائع الميت

---

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ١٣٤ ، ١٣٥

بل من تجهيزه لأنه مقدم عليه فى حياته فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته فله حبسه حتى يأخذ ماله فيأخذ نقوده بعينها لو قائمة ومثلها لو هالكة بناء على تعيين النقد فى البيع الفاسد وهو الأصح .

وإذا كان الذى مات هو المشترى وفسخ العقد مع ورثته فالبائع أحق من سائر غرماء المشترى الميت بمالية المبيع أى بما قبضه من المشترى فيتمسك به حتى يسترد المبيع ، كما لو مات البائع حيث كان للمشترى حبس العين حتى يسترد الثمن .

* * *

مادة (١٤٢) :

« إذا كان البيع فاسداً وتصرف البائع فى الثمن والمشترى فى المبيع تصرفاً صحيحاً وربح كل منهما يطيب الربح للبائع ولا يطيب للمشتري[1] » .

المذكرة الإيضاحية

إذا كان البيع فاسداً وتصرف البائع فى الثمن تصرفاً صحيحاً والمشترى فى المبيع كذلك ، طاب للبائع ماربح فى الثمن على الأصح

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٣٥ ، ١٣٦ ، فتح القدير ج ٥ ص ٢٣٧ ، ٢٣٧ .

لأن الثمن فى العقد الثانى الصحيح غير متعين ،ولا يضر تعيينه فى الأول: « الفاسد » ، ولايطيب للمشترى مارح فى مبيع يتعين بالتعيين بأن باعه بثمن أزيد لتعلق العقد بعينه فتمكن الخبث فى الربح فيتصدق به(١) .

* * *

مادة (١٤٣) :

« يسقط حق الفسخ فى المبيع الفاسد بالزيادة المتصلة فى المبيع ما لم تكن متولدة منه »(٢) .

المذكرة الإيضاحية

إذا كانت الزيادة متصلة غير متولدة كالصبغ والخياطة انقطع حق الفسخ ، وإن كانت متولدة كالسمن لا تمنع الفسخ ، وكذا لو كانت منفصلة متولدة كالولد والأرش،ولو هلكت هذه الزوائد فى يد المشترى لا يضمنها ، وإن إستهلكها ضمن ، وإن هلك المبيع فقط فللبائع

---

(٢) ابن عابدين جـ٤ ص١٣٥،١٣٦، وفتح القدير جـ٥ص٢٣٧ ، ٢٣٨

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ١٣٧ ، ١٣٨ ، فتح القدير جـ ٥ ص ٢٣٥ ، ٢٣٦ .

أخذها وأخذ قيمة المبيع يوم القبض ، وإن كانت الزيادة منفصلة غير متولدة كالكسب والهبة فللبائع أخذ المبيع معها ولا يطيب له ويتصدق بها ، وإن هلكت في يد المشترى لايضمن ، وكذ لو استهلكها عند الإمام وعندهما يضمن ، وإن استهلك المبيع فقط ضمنه والزوائد له لتقرر ضمان الأصل (اهـ ملخصا) .

وفى جامع الفضولين : لو نقص فى يد المشترى .

بفعل المشترى او المبيع أو بآفة سماوية أخذه البائع مع الأرش ، ولو بفعل البائع صار مسترداً، ولو بفعل أجنبي خير البائع، ومما يقطع حق الاسترداد من الأفعال الحسية : إذا بنى أو غرس فيما اشتراه فاسداً لزمه قيمتها وامتنع الفسخ ، وقالا ينقضهما ويرد المبيع ورجحه الكمال وتعقبه فى النهر لحصولهما بتسليط البائع .

البيع المكروه

مادة (١٤٤) :

«البيع مع الأذان الأول للجمعة يكره إذا أخل بالسعى لها[(١)]»

المذكرة الإيضاحية

جاء الكلام عن البيع المكروه متأخرا عن البيع الفاسد مع اشتراكهما فى حكم المنع الشرعى والإثم ، لأنه دونه من حيث صحته

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ١٣٨ ، وفتح القدير جـ ٥ ص ٢٣٩ .

وعدم فساده ، إذ النهى عنه باعتبار معنى مجاور للبيع لا فى صلبه ولا فى شرائط صحته ، ومثل هذا النهى لا يوجب الفساد بل الكراهية كما فى الدرر .

والبيع المكروه تحريما : هو البيع عند الأذان الأول ومع ذلك فهو بيع صحيح لا يجب فسخه ويملك المبيع فيه قبل القبض ويجب الثمن لا القيمة ، وإنما كانت الكراهية عند الأذان الأول لأنه هو الذى يجب السعى عنده فيخل البيع حينئذ بالسعى للصلاة ، أما إذا لم يخل بالسعى لما كأن تبايعا وهما يسعيان فلا بأس به لتعليل النهى بالإخلال بالسعى ، فإذا انتفى الإخلال انتفى النهى ، وخصص من البيع المكروه بيع من لا جمعه عليه كمسافر مثلا فلا كراهة فيه .

***

مادة (١٤٥) :

« يكره النجش إذا بلغت السلعة قيمتها »[(١)] .

المذكرة الإيضاحية

النجش بفتحتين ويسكن هو : أن يزيد فى الثمن ولا يريد الشراء ، أو يمدح المبيع بما ليس فيه ليروجه ويرغب غيره فيه ، وهو منهى عنه

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ١٣٨ ، ١٣٩ وفتح القدير جـ ٥ ص ٢٣٩

بقوله صلى الله عليه وسلم « لا تناجشوا » أى لا تفعلوا ذلك ، والكراهة لما فيه من الخداع ، وهو قبيح جاور هذا البيع فكان مكروها ، ومحل الكراهية فى النجش إذا كانت السلعة قد بلغت قيمتها ، أما إذا لم تبلغ قيمتها فلا يكره لانتفاء الخداع « عناية » بل ذكر القهستانى وابن الكمال عن شرح الطحاوى أنه فى هذه الصورة محمود .

* * *

مادة (١٤٦) :

« يكره السوم على سوم الغير بعد الاتفاق على الثمن وكذا البيع على بيعه »[١].

المذكرة الإيضاحية

السوم فى المبايعة يقال سام البائع السلعة سوما عرضها للبيع وسامها المشترى واستامها طلبها ، وهو مكروه إذا تم الاتفاق على مبلغ الثمن ، ففى الصحيحين « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن تلقى الركبان إلى أن قال : وأن يستام الرجل على سوم اخيه ، وصورته : أن يتراضيا

---

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ١٣٩ ، وفتح القدير جـ ٥ ص ٢٣٩ والمصباح المنير .

بثمن ويقع الركون به فيجيء آخر فيدفع للمالك أكثر منه أو مثله وهو منهي عنه ولو كان الغير ذميا أو مستامنا ، وذكر الأخ فى الحديث ليس قيدا بل لزيادة التنفير ، لأنه بيع من يزيد ويسمى بيع الدلالة وهو مباح ، فقد باع صلى الله عليه وسلم قدحا وحلسا ببيع من يزيد ، وفى المصباح : الحلس كساء يجعل على ظهر البعير تحت رحله وجمعه أحلاس كحمل وأحمال ، والحلس بساط يبسط فى البيت ، وكما يكره السوم على سوم الغير يكره البيع على بيعه ولو ذميا أو مستأمنا ، فقد جاء فى الصحيحين أيضا لا يبع الرجل على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه إلا أن ياذن له ، وصورته أن يتراضيا على ثمن سلعة فيقول آخر أنا أبيعك مثلها بأنقص من هذا الثمن أفاده فى الفتح .

* * *

مادة (١٤٧) :

« يكره تلقى الجلب إذا كان يضر بأهل البلد أو يلبس السعر »(١) .

المذكرة الإيضاحية

الجلب بفتحتين بمعنى المجلوب أو الجالب وهو المراد من تلقى

---

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ١٣٩ ، وفتح القدير جـ ٥ ص ٢٣٩ ، ٢٤٠

الركبان الحديث ، ففي الصحيحين « نهى رسول الله — صلى الله عليه وسلم — عن تلقي الركبان الخ ، وهذا يؤيد تفسيره بالجالب لأن الركبان جمع راكب لكن الذي في المصباح والمغرب تفسيره بالمجلوب .

ومحل الكراهة في تلقي الجلب إذا كان يضر بأهل البلد أو يلبس السعر على الواردين لعدم علمهم به ، قال في الفتح : والتلقي صورتان :

إحداها : أن يتلقاها المشترون للطعام منهم في سنة حاجة ليبيعوه من أهل البلد بزيادة .

وثانيتهما : أن يشترى منهم بأرخص من سعر البلد وهم لا يعلمون بالسعر فيكره تلقي الجلب للضرر والغرر ، ففي الصورة الأولى فيه ضرر بأهل البلد ، وفي الصورة الثانية فيه غرر بالواردين ، وكل من الضرر والغرر منهي عنه .

* * *

مادة (١٤٨) :

« يكره بيع الحاضر للبادي في حالة القحط أو العوز »[١] .

المذكرة الإيضاحية

الحاضر من كان من أهل الحضر بخلاف البدو ، فالبادي من كان

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ١٣٩

من أهل البادية أى البرية ، ويقال حضرى وبدوى نسبة إلى الحضر والبدو ، وكره بيع الحاضر للبادى لحديث الصحيحين عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما : « نهى رسول الله — ﷺ — أن يتلقى الركبان وأن يبيع حاضر لباد ، قال : قلت لابن عباس : ماقوله حاضر لباد : قال : لايكون له سمسار « فتح » ، وقيل الحاضر المالك والبادى المشترى ، والأصح كما فى المجتبى أنهما السمسار والبائع لموافقته آخر الحديث « دعوا الناس يرزق بعضهم بعضاً » ولذا عدى باللام لا بمن .

وعمل الكراهة فى بيع الحاضر للبادى يكون فى حالة القحط أو العوز ، والقحط انقطاع المطر ، والعوز بتحريك الواو : الحاجة فسبب الكراهة الضرر .

أما إذا انتفى كل من القحط والعوز فلا يكره حينئذ بيع الحاضر للبادى لانعدام الضرر .

* * *

البيع الموقوف

مادة (١٤٩) :

(١) « ينعقد بيع الفضولى موقوفا إن كان له مجيز وقت العقد وإلا فلا ينعقد .

(ب) وتصح اجازته من المالك اذا كان كل من البائع والمشترى والمبيع قائما وأن يكون الثمن موجودا لو كان عرضا»

المذكرة الإيضاحية

الفضولى بضم الفاء نسبة إلى الفضول جمع فضل وهو الزيادة .

والمراد به شرعا : من يتصرف فى حق غيره بغير إذن شرعى ، ومناسبة الكلام عن بيعه بعد الكلام على البيع الفاسد توقف إفادة كل منهما الملك على شىء وهو القبض فى الأول والإجازة فى الثانى ، وحكم بيع الفضولى : أنه ينعقد موقوفا على إجازة من يملك العقد إن كان له مجيز أى من يقدر على إجازته حالة العقد كصبى غير ماذون باع مثلا بيعا يجوز عليه لو فعله وليه فى صغره ثم بلغ قبل إجازة وليه فأجازه بنفسه جاز لأن له ولياً يجيزه حالة العقد ، وكان الصغير فضوليا هنا مع أنه يتصرف فى حق نفسه لأن مباشرة العقد ليست حقه بل حق الولى ، وإن لم يكن له مجيز حالة العقد فلا ينعقد بيعه أصلا كصبى باع ماله محاباة فاحشة أو شرى شيئاً بأكثر من قيمته فاحشا مما لو فعله وليه فى صباه لم يجز عليه فهذا باطل ، وإن أجازه الصبى بنفسه بعد بلوغه لأنه لامجيز له وقت العقد فلم يتوقف على الإجازة .

وحكم بيعه أيضاً إذا كان له مجيز حالة وقوعه كما مر قبول الإجازة

من المالك بشرط قيام البائع والمشترى والمبيع بان لايتغير المبيع بحيث يعد شيئاً آخر لأن إجازته كالبيع حكما ، وكذا يشترط قيام الثمن أيضا لو كان عرضاً معيناً لأنه مبيع من وجه فيكون ملكا للفضولى وعليه مثل المبيع لو مثليا وإلا فقيمته لو قيميا ، وغير العرض ملك للمجيز أمانة فى يد الفضولى (ملتقى) وكذا يشترط قيام صاحب المتاع أيضا فلا تجوز إجازة وارثه لبطلانه بموته .

* * *

المادة (١٥٠) :

(ا) : كل ما ينبىء عن موافقة المالك على تصرف الفضولى يعتبر إجازة :

(ب) : وكل ما ينبىء عن عدم قبوله يعتبر رداً

المذكرة الإيضاحية

إذا أخذ المالك الثمن من المشترى أو طلبه منه فإن ذلك يعتبر إجازة منه لبيع الفضولى ، وهل للمشترى الرجوع على الفضولى بمثله لو هلك فى يده قبل الإجازة ؟ الأصح نعم إن لم يعلم أنه فضولى وقت الأداء لا أن علم « قنية » واعتمده ابن الشحنه وأقره صاحب تنوير الأبصار وجزم الزيلعى وابن ملك بأنه أمانة مطلقا ، وحكم هلاك المبيع ذكره

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٤٧ ، ١٤٨

فى جامع الفصولين (وحاصله) أنه لو هلك قبل الإجازة فإن كان قبل قبض المشترى بطل العقد وإن بعده لم يجز بالإجازة وللمالك تضمين أيهما شاء ، وأيهما اختار تضمينه ملكه ويبرأ الآخر فلا يقدر على أن يضمنه ، ثم إن ضمن المشترى بطل البيع لأن أخذ القيمة كأخذ العين وللمشترى أن يرجع على البائع بثمنه لا بما ضمن ، وإن ضمن البائع فإن كان قبض البائع مضمونا عليه أى بأن قبضه بلا إذن مالكه نفذ بيعه بضمانه ، وإن كان قبضه أمانة ، وإنما صار مضمونا عليه بالتسليم بعد البيع لا ينفذ بيعه بضمانه لأن سبب ملكه تأخر عن عقده ، وذكر محمد فى ظاهر الرواية أن البيع يجوز بتضمين البائع وقيل تأويله أنه سلم أولا حتى صار مضمونا عليه ثم باعه فصار كمغصوب .

ولو وهب المالك الثمن من المشترى أو تصدق به عليه فهو إجازة لو المبيع قائما « عمادية » .

وإذا قال المالك لا أجيز فهو رد للبيع الموقوف ، فلو أجازه بعده لم يجز لأن المفسوخ لايجاز بخلاف المستأجر لو قال لا أجيز بيع الآجر ثم أجاز جاز وأفاد كلامه جواز الإجازة بالفعل وبالقول ، وأن للمالك الإجازة والفسخ وللمشترى الفسخ لا الإجازة ، وكذا الفضولى قبلها فى البيع لا فى النكاح لأنه معبر محض « بزازية » ، وفى المجمع : لو أجاز أحد المالكين خير المشترى فى حصته وألزمه محمد بها .

وإذا قال المالك : بئسما صنعت قال فى جامع الفصولين : هو إجازة فى نكاح وبيع وطلاق وغيرها كذا عن محمد ، وفى ظاهر الرواية هو رد وبه يفتى كما فى صلب المادة ، والظاهر أن مثله أسأت ولو قال

المالك : أحسنت وأصبت ومقابله ما فى الخانية من أنه ليس إجازة لأنه يذكر للإستهزاء، وفى الذخيرة: أن فيه روايتين، وفى جامع الفصولين: أحسنت أو وفقت أو كميتنى مؤنة البيع او احسنت فجزاك الله خيراً ليس إجازة لأنه يذكر للإستهزاء إلا ان محمداً قال: إن أحسنت أو أصبت إجازة استحسانا .

قال ابن عابدين : وينبغى أن يفصل فإن قاله جداً فهو إجازة لا لو قاله استهزاء ويعرف بالقرائن، ولو لم توجد ينبغى أن يكون إجازة إذ الأصل هو الجد اهـ . (١)

* * *

مادة (١٥٢) :

« إذا أجاز المالك بيع الفضولى ثم رده بعد علمه بالثمن فالمعتبر إجازته ».

المذكرة الإيضاحية

معع المالك أن فضوليا باع ملكه فأجازه ولم يعلم مقدار الثمن، فلما علم رد البيع فالمعتبر إجازته، لصيرورة الفضولى بالأجازة كالوكيل حتى يصح حطه من الثمن، علم المالك بالثمن أو لم يعلم، وأجاب صاحب

---

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٤٧ ، ١٤٨

الهداية أنه إذا علم بالحط بعد الإجازة فله الخيار بين الرضاوالفسخ بحر عن البزازيةولو بدأ بالرد ثم أجاز فالمعتبرمابدأ به (رملى على الفصولين).[1]

* * *

مادة (١٥٣) :

« إذا باع الفضولى عقار غيره وسلمه للمشترى ثم اعترف بالغصب وأنكر المشترى لم يضمن الفضولى قيمة العقار فإن برهن المالك على ملكية العقار أخذه » .

المذكرة الإيضاحية

لو باع الفضولى عقار غيره من دار أو ارض وسلمه المشترى وأقبضه إياه ثم اعترف البائع الفضولى بالغصب وأنكر المشترى لم يضمن هذا البائع قيمة العقار مع الإقرار بغصبه وعدم صحة غصب العقار عند الإمام وعند أبى يوسف ثانيا ، وقال محمد يضمن قيمته لصحة غصب العقار عنده ، ولا ينزع العقار من يد المشترى لعدم سراية إقرار البائع بالغصب على المشترى ، فإن برهن المالك على ملكه أخذه لأنه نور دعواه وأوضحها بالبرهان ، وإن لم يبرهن كان التلف مضافا إلى عجزه عنه لا إلى عقد البائع ، قال الساٸحانى : والظاهر أن الثمن يوضع فى بيت المال حتى يتبين الحال[2] .

* * *

---

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ١٤٨

(٢) ابن عابدين جـ ٤ ص ١٥٠

مادة (١٥٤) :

« بيع مال الغير لحساب مالكه موقوف على إجازته إذا كان بالغاً عاقلا » .

المذكرة الإيضاحية

إذا بيع مال الغير لحساب مالكه ينعقد البيع ويتوقف ولا ينفذ إلا بعد الأجازة من المالك إذا كان بالغا عاقلا ، فلو كان صغيرا أو مجنونا لم ينعقد البيع أصلا كما فى الزواهر معزيا للحاوى ، وهذا إن باعه على أنه لذمة مالكه ، أما لو باعه على أنه لنفسه أى لحسابه أو باعه من نفسه « اشتراه » أو شرط الخيار فيه مدة معلومة لمالكه المكلف ، أو باع عرضا من غاصب عرض آخر للمالك بهذا العرض الآخر المغصوب فالبيع باطل كما تقدم فى المادة (١١٣) .

والحاصل أن بيعه موقوف إلا فى هذه الأربعة فباطل ، وقيد بالبيع فيما تقدم لأنه لو اشترى لغيره نفذ عليه إلا إذا كان المشترى صبيا أو محجورا عليه فيتوقف ، هذا إذا لم يضفه الفضولى إلى غيره ، فلو أضافه بأن قال بع هذا الثوب لفلان فقال البائع بعته لفلان توقف بزازية(١) .

* * *

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٤٢ ، ١٤٣

مادة (١٥٥) :

«يتوقف بيع الصبي المحجور وبيع المعتوه على إجازة الولى»

المذكرة الإيضاحية

يتوقف بيع الصبى المحجور على إجازة الولى وكذلك المعتوه أى حكمه فى البيع كحكم الصبى المحجور ، وذلك لنقصان الأهلية فيهما[1].

* * *

مادة (١٥٦) :

« بيع غير الرشيد ماله موقوف على أجازة الوصى أو القاضى »

المذكرة الإيضاحية

بيع غير الرشيد موقوف على أجازة الوصى أو القاضى اهـ ذكر فى الخانية : أن الصبى المحجور إذا بلغ سفيها يتوقف بيعه وشراؤه على أجازة الوصى أو القاضى اهـ . وفى الخلاصة : اذا باع ماله وهو غير رشيد يتوقف على أجازة القاضى اهـ .

قال ابن عابدين : وهذا على قولهما ، أما على قول الإمام فتصرفه صحيح[2] .

* * *

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ١٤٣ ، ١٤٤

(٢) ابن عابدين جـ ٤ ص ١٤٣ ، ١٤٤ .

مادة (١٥٧) :

« بيع المرهون والمستأجر موقوف على إجازة المرتهن أو المستأجر » .

المذكرة الإيضاحية

يوقف بيع المرهون والمستأجر على أجازة مرتهن ومستاجر أى فإن أجازه المرتهن والمستأجر نفذ ، وهل يملكان الفسخ ؟ قيل لا وهو الصحيح ، وقيل يملكه المرتهن دون المستأجر ، لأن حقه فى المنفعة ، ولذا لو هلكت العين لا يسقط دينه ، وفى الرهن يسقط وتمامه فى البحر ، وجزم فى الخانية بالثانى ، لكن فى حاشية الفصولين للرملى عن الزيلعى ، لا يملك المرتهن الفسخ فى أصح الروايتين ، وليس للراهن والمؤجر الفسخ ، وأما المشترى فله خيار الفسخ ان لم يعلم بالإجارة والرهن عند أبى يوسف وعندهما له ذلك وان علم ، وقولهما هو الصحيح وعليه الفتوى ، بقى لو لم يجز المستأجر حتى انفسخت الإجارة نفذ البيع السابق ، وكذا المرتهن اذا قضى دينه كما فى جامع الفصولين ، وفيه أيضا عن الذخيرة : البيع بلا اذن المستأجر ينفذ فى حق البائع والمشترى لا فى حق المستاجر ، فلو سقط

حق المستاجر نفذ ذلك البيع ولا حاجة الى التجديد وهو الصحيح ، ولو أجازه المستاجر نفذ فى حق الكل ، ولا ينزع من يده ليصل اليه ماله اذ رضاه بالبيع يعتبر لفسخ الإجارة لا للانتزاع من يده ، وعن بعضهم أنه لو باع وسلم وأجازها المستاجر بطل حق حبسه ، ولو أجاز البيع لا التسليم لا يبطل حق حبسه اهـ[1] .

* * *

مادة (١٥٨) :

« بيع الأرض المنعقد عليها مزارعة موقوف على إجازة الزارع » .

المذكرة الإيضاحية

اذا باع مالك الأرض أرضه التى فى مزارعة الغير يتوقف بيعه على أجازة المزارع ، قال ابن عابدين : صورته كما فى « ح » عن الفتاوى الهندية ، اذا دفع أرضه مزارعة مدة معلومة على أن يكون البذر من قبل العامل فزرعها العامل أو لم يزرع فباع صاحب الأرض الأرض يتوقف بيعه على أجازة المزارع اهـ أى لأنه فى حكم المستأجر للأرض ، وأما لو كان البذر من المالك فينفذ لو لم يزرع

---

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ١٤٤ ، ١٤٥

لأن المزارع أجير ولو زرع لا لتعلق حق المزارعة وتمامه فى جامع الفصولين(1) .

• • •

مادة (١٥٩) :

« يوقف بيع شىء بالقدر المكتوب عليه فإن علم المشترى بحقيقة قدره فى مجلس البيع تخير وإلا فسد » .

المذكرة الإيضاحية

اذا باع شيئا برقمه أى المكتوب عليه فالبيع موقوف فان علمه المشترى فى مجلس البيع توقف على إجازته فيخير بين أخذه وتركه لأن الرضا لم يتم قبله لعدم العلم فيتخير كما فى خيار الرؤية وإن يعلمه يفسد ، قال فى الدر : وفى مرابحة البحر أنه فاسد له عرضية الصحة لا بالعكس هو الصحيح ، وعليه فتحرم مباشرته وعلى القول الضعيف لا(2) .

• • •

مادة (١٦٠) :

« يوقف بيع المبيع من غير مشتريه بعد القبض » .

---

(١) ابن عابدين والدر المختار ج ٤ ص ١٤٥

(٢) ابن عابدين ج٤ ص ١٤٤ ، ١٤٥ .

المذكرة الإيضاحية

بيع المبيع من غير مشتريه يتوقف.

قال فى الدر صورته: باع شيئا من زيد ثم باعه من بكر لا ينعقد الثانى حق لو تفاسخا الأول لا ينفذ الثانى لكن يتوقف على إجازة المشترى ان كان بعد القبض وان كان قبله فى المنقول لا، وفى العقار على الخلاف اهـ(١).

مادة (١٦١):

« يوقف بيع المرتد على إسلامه ».

المذكرة الإيضاحية

بيع المرتد موقوف عند الإمام على الإسلام ولا يتوقف عندهما(٢).

* * *

مادة (١٦٢):

« يتوقف البيع بما باع به فلان، والبيع بمثل ما يبيع الناس

(١) حاشية ابن عابدين على الدر المختار ج ٤ ص ١٤٥

(٢) حاسية ابن عابدين والدر المختار حـ ٤ ص ١٤٥

به ، أو بمثل ما أخذ به فلان والبائع يعلم والمشترى لا يعلم ، فإن علم المشترى فى المجلس صح وإلا فسد » .

المذكرة الإيضاحية

يتوقف البيع بما باع به فلان ، وكذا يتوقف البيع بما يبيع الناس به ، أو بمثل ما أخذ به فلان والبائع فى هذه يعلم والمشترى لا يعلم ، فإن علم المشترى فى المجلس صح وله الخيار شرنبلاليه عند قوله بما باع به فلان . واستظهر ابن عابدين : أن هذه المسائل يصح فيها إذا علم به فى المجلس وإن لم يعلم به فسد فيملك بالقبض شرنبلالية(١) .

. . .

مادة (١٦٣) :

« بيع الشيء بقيمته موقوف فإن بين فى المجلس صح وإلا فسد » .

---

(١) حاشية ابن عابدين والدر المختار ج ٤ ص ١٤٥

المذكرة الإيضاحية

إذا باع الشيء بقيمته فالبيع موقوف فإن بين الثمن فى المجلس صح وله الخيار شرنبلالية ، وإن لم يبين فسد فيملك بالقبض(١) .

. . .

مادة (١٦٤) :

« يتوقف بيع فيه خيار شرط » .

المذكرة الإيضاحية

إذا وجد فى البيع خيار الشرط كان غير لازم لا موقوفا وبيان ذلك أن الموقوف مقابل للنافذ وما فيه خيار مقابل للازم ، فما فيه خيار غير لازم لا موقوف ، لكن قد يقال إن لزومه موقوف على إسقاط الشرط فيصح وصفه بالموقوف فإنه وإن كان لازما لكن يتوقف لزومه على إسقاط الخيار فاذا سقط كان لازما ، ولم يقيد فى المادة بالمجلس ليشمل ما كان مقيدا بالمجلس وغيره ، ولئلا يتوهم منه خيار القبول لأنه فيه كما قال ألوانى : ان البيع الموقوف إنما يكون بعد الإيجاب والقبول ، ومعلوم أنه خيار قبل حصوله(٢) .

(١) حاشية ابن عابدين والدر المختار حـ ٤ ص ١٤٥ ، ١٤٦

(١) حاشية ابن عابدين والدر المختار حـ ٤ ص ١٤٥ ، ١٤٦

مادة (١٦٥):

(أ) « بيع الغاصب موقوف على إجازة المالك .

(ب) وبيع المالك الشيء المغصوب موقوف على الإثبات» .

المذكرة الإيضاحية

يتوقف بيع الغاصب الشيء المغصوب على اجازة المالك سواء أ كان البيع لحساب مالكه أو لنفسه ، فلو تداولته الأيدى فأجاز المالك عقدا من هذه العقود جاز ذلك العقد خاصة ، ويوقف أيضا بيع المالك المغصوب على الإثبات أى على إقرار الغاصب إذا أقر أو على البينة إن أنكر (١) .

* * *

مادة (١٦٦):

« بيع ما فى تسليمه ضرر موقوف على تسليمه فى المجلس» .

المذكرة الإيضاحية

يتوقف بيع الشيء الذى فى تسليمه ضرر على أن يسلمه فى المجلس ،

---

(١) حاشية ابن عابدين و لدر المختار ج ٤ ص ١٤٠ و ١٤٦ .

وذلك كبيع جذع فى سقف سواء أكان معينا أولا على ما فى النهر عن الفتح(١) .

. . .

مادة (١٦٧) :

« بيع المريض لوارثه موقوف على إجازة باقى الورثة » .

المذكرة الإيضاحية

يتوقف بيع المريض لوارثه على صحة المريض فان صح من مرضه نفذ وإن مات منه يتوقف على إجازة بقية الورثة ، ولو كان البيع بمثل القيمة ، فان إجازته الورثة نفذ وإن لم تجزه بطل وهذا عند الإمام ، وأما عند الصاحبين فانه يجوز ويخير المشترى بين فسخ وإتمام لو فيه غبن أو محاباة قلت أو كثرت .

. . .

مادة (١٦٨) :

« بيع الورثة التركة المستغرقة موقوف على إجازة الغرماء» .

---

(١) ابن عابدين حـ ٤ ص ١٤٦

(١) حاشية ابن عابدين على الدر المختار حـ ٤ ص ١٤٥ ، ١٤٦

المذكرة الإيضاحية

يتوقف بيع الورثة التركة المستغرقة على اجازة الغرباء (الدائنين) عزاه فى البحر الى الزيلعى ومثله فى جامع الفصوليين، لوذلك حفظ لديونهم لأنها متعلقة بها، فان أجازت الغرماء نفذ والا بطل، وأما اذا لم تكن التركة مستغرقة فقيل يوقف وقيل يصح بيع ما يزيد على ما به سدادهم لنفع الورثة، وعدم مضارتهم حيث لا ضرر على الغرماء.(١)

• • •

مادة (١٦٩):

« يتوقف بيع أحد الوكيلين على إجازة الآخر مالم يصرح له بالانفراد ».

المذكرة الإيضاحية

اذا وكل المرء عن نفسه وكيلين فباع أحدهما شيئا مما يملكه الموكل فان كان بحضرة الوكيل الآخر فانه يتوقف البيع على إجازته وان كان بغيبته فانه يكون باطلا عزا هذا الحكم فى البحر الى وكالة

---

(١) حاشية ابن عابدين على الدر المختار ج٤ ص ١٤٥، ١٤٦.

الزيلعى ، ومثل أحد الوكيلين فى الحكم أحد الوصيين أو الناظرين ، فإن بيع أحدهما يتوقف على إجازة الآخر لو بحضرته ، ويبطل لو بغيبته[1] .

. . .

الإقالة

مادة (١٧٠) :

« الإقالة رفع العقد بمثل الثمن الأول ولو مسكوتاً عنه فيها، وتجوز فى بعض المعقود عليه بما يخصه من الثمن » .

المذكرة الإيضاحية

الإقالة رفع العقد ولو فى بعض المبيع ، والمراد بالعقد : القابل للفسخ بخيار بخلاف النكاح فإنه لا يقبل الفسخ بخيار .

ومعنى صحة الإقالة بمثل الثمن الأول أنه لو كان عشرة دنانير مثلا فدفع إليه دراهم ثم تقايلا وقد رخصت الدنانير رجع بالدنانير لا بما دفع، فلو كان عقد البيع بدراهم فكسدت ثم تقايلا رد الكاسد كما فى الفتح (نهر) .

والإقالة جائزة بل مندوبة لقوله ﷺ : « من أقال نادما بيعته

---

(١) ابن عابدين حـ ٤ ص ١٤٥ ، ١٤٦

أقال الله عثرته يوم القيامة » وجوازها فى البيع مشروط بمثل الثمن الأول فإن شرط أكثر منه أو أقل فالشرط باطل .

وأما صحة الإقالة مع السكوت عن الثمن فالمراد أن الواجب هو الثمن الأول سواء سماه أولا ، قال فى الفتح :

والأصل فى لزوم الثمن أن الإقالة فسخ فى حق المتبايعين وحقيقة الفسخ ليس إلا رفع الأول كأن لم يكن فيثبت الحال الأول ، وثبوته برجوع عين الثمن إلى مالكه كأن لم يدخل فى الوجود غيره ، وهذا يستلزم تعين الأول ونفى غيره من الزيادة والنقص وخلاف الجنس ، ويرد مثل المشروط ولو المقبوض أجود أو أردأ[1] .

* * *

مادة (١٧١) :

(ا) تصح الإقالة بمثل الثمن الأول ، وإن شرط غير جنسه، أو كان أكثر ، أو كان ذلك الثمن حالا فأجله .

(ب) وكذا تصح بالأقل من الثمن الأول وإن تعيب المبيع عند المشترى » .

---

(١) حاشية ابن عابدين على الدر المختار جـ ٤ ص ١٥٥

كما تصح الإقالة بمثل الثمن الأول أو بالسكوت عنه تصح وإن شرط غير جنسه أو أكثر منه أى من الثمن الأول أو من الجنس ، وأيضاً لو كان الثمن حالا فأجله المشترى عند الإقالة فإن التأجيل يبطل وتصح الإقالة فى البيع ، وإن تقايلا ثم أجله ينبغى ألا يصح الأجل عند أبى حنيفة ، فإن الشرط اللاحق بعد العقد يلتحق بأصل العقد عنده كذا فى القنية (بحر) وتصح الإقالة أيضاً بأقل من الثمن الأول إن تعيب المبيع عند المشترى ويصير المحطوط بإزاء نقصان العيب فتكون الإقالة فى البيع فسخاً بالأقل لو بقدر العيب لاأزيد ولا أنقص، قيل إلا بقدر ما يتغابن الناس فيه ، فلو كان أزيد أو أنقص هل يرجع بكل الثمن أو ينقص بقدر العيب ويرجع بما بقى ؟ الظاهر الثانى ، لأن الإقالة عند التعيب جائزة بالأقل ، والمراد نفى الزيادة والنقصان عند مقدار العيب فصار الباقى بمنزلة أصل الثمن فتلغو الزيادة والنقصان فقط ويرجع بما بقى[1] .

* * *

مادة (١٧٢) :

(ا) « تصح الإقالة بلفظين ماضيين وبالتعاطى .

(ب) وتتوقف على القبول فى المجلس » .

---

(١) ابن عابدين حـ ٤ ص ١٥٥

يجب أن تكون الإقالة بلفظين ماضيين، قال البرجندى: وهو المختار، وقال فى الفتح وفى الخلاصة : اختاروا قول محمد ، وقال أبو يوسف هى بيع ولكن يصح أن يكون أحد اللفظين مستقبلا كقوله أقلنى فقال أقلتك لعدم المساومة فيها ، لأن الإقالة لاتكون إلا بعد نظر وتأمل ، فلا يكون قوله أقلنى مساومة بل كان تحقيقاً للتصرف .

وكما تكون الإقالة باللفظ تكون أيضاً بالتعاطى ولو من أحد الجانبين كالبيع وذلك هو الصحيح بزازية ، وفى السراجية لابد من التسليم والقبض من الجانبين أى تسليم المبيع وقبض الثمن المدفوع ، وتتوقف أيضاً على القبول ، فإذا أقال أحد المتبايعين فإن الإقالة تتوقف على قبول المتبايع الآخر فى مجلس المقايلة ولو كان القبول فعلا كما لو قطعه أو قبضه فور قول المشترى أقلتك ، لأن من شرائطها اتحاد المجلس ورضا المتعاقدين أو الورثة أو الوصى ، وكذلك بقاء المحل (المبيع) القابل عقده الفسخ بخيار ، فلو لم يبق المبيع على حاله بأن هلك لاتصح ، وكذا لو زاد زيادة تمنع الفسخ خلافاً لهما ، وكذا لا تصح الإقالة فى النكاح والطلاق لعدم قابلية هذه التصرفات للفسخ(١) .

* * *

(١) ابن عابدين حـ ٤ ص ١٥١ ، ١٥٢

مادة (١٧٣) :

« تصح الإقالة فى البيع لمتولى الوقف إن كانت خيراً له » .

المذكرة الإيضاحية

تصح الإقالة فى البيع من متولى الوقف لأن الأصل أن من ملك البيع أو الشراء ملك الإقالة بشرط أن تكون من صالح الوقف وخيراً له ، كما لو باع بأقل من القيمة أو اشترى بأكثر منها فإن الإقالة تصح لأنها من صالح الوقف، وإن كانت الإقالة ليست من صالح الوقف ولا خيراً له فإنها لا تصح ، ولذا لم تصح فى بيع المأذون والوصى والمتولى إذا باع كل منهم بأقل من القيمة ، وكذلك لو اشترى بأكثر من القيمة ، وذلك مراعاة للوقف والصغير (منح) ، وكذا لا تصح من الوكيل بالشراء وقيل و بالسلم (أشباه) ، بخلاف الوكيل بالبيع فتصح عند الإمام قبل القبض و بعده يضمن[1] .

* * *

مادة (١٧٤) :

« الإقالة فسخ فى حق المتعاقدين فيما هو من موجبات العقد و بيع جديد فى حق ثالث » .

---

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ١٥٣ ، ١٥٤، ١٥٥

حكم الإقالة أنها فسخ فى حق المتبايعين فيما هو من أحكام العقد إذا كانت قبل القبض بالإجماع ، وأما بعده فكذلك عند الإمام إلا إذا تعذر بأن ولدت المبيعة فتبطل بعد ولادتها لتعذر الفسخ بالزيادة المنفصلة بعد القبض حقاً للشرع لاقبله ، قال أبو يوسف : الإقالة بيع إلا إذا تعذر بأن وقعت قبل القبض فى منقول فتكون فسخاً إلا إذا تعذر أيضاً بأن ولدت المبيعة وكانت الإقالة قبل القبض فتبطل ، وقال محمد : الإقالة فسخ إن كانت بالثمن الأول أو بأقل ولو بأكثر أو بجنس آخر مبيع ، والخلاف مقيد بما إذا كانت بلفظ الإقالة كما يأتى « نهر » والصحيح قول الإمام كما فى تصحيح العلامة قاسم ، وكون الإقالة فسخاً فى حق المتبايعين ، إنما يكون ذلك فيما هو من أحكام عقد البيع ، أما لو وجب بأمر زائد كانت بيعاً جديداً فى حقهما أيضاً ، كأن اشترى بدينه المؤجل عيناً ثم تقايلا لم يعد الأجل فيصير دينه حالا كأنه باعه منه ، ولو رده بخيار عيب بقضاء عاد الأجل الأول لأنه فسخ .

وهى بيع فى حق ثالث أى ولو بعد القبض ، وإنما كانت عند الإمام فسخاً فى حقهما لأنها تنبيء عن الفسخ والرفع وبيعاً فى حق الثالث ضرورة أنه يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك لا مقتضى الصيغة فحمل عليه لعدم ولايتهما على غيرهما كما فى الزيلعى ، وذلك بأن كانت بعد القبض بلفظ الإقالة صريحاً أو ضمناً لأنها قد تكون بالتعاطى ،

فالمراد الاحتراز عما لو كانت بلفظ الفسخ ونحوه أو بيع ، ولو كانت الإقالة قبل القبض فهى فسخ فى حق الكل فى غير العقار أى فى المنقول لأنه لايجوز بيعه قبل قبضه ، أما فى العقار فهى بيع مطلقاً لجواز بيعه قبل قبضه ، وما ذكر من كونها بيعاً بعد القبض فسخاً قبله هو ماجزم به الزيلعى ، وذكر فى البحر عن البدائع أن هذا رواية عن أبى حنيفة قال وظاهره ترجيح الإطلاق اهـ ويؤيده مافى الجوهرة من أنه لاخلاف بينهم أنها بيع فى حق الغير سواء كانت قبل القبض أو بعده وحمله على العقار بعيد ، ولو كانت الإقالة بلفظ مفاسخة أو متاركة أو تراد لم تجعل بيعاً اتفاقا إعمالا لموضوعه اللغوى ط عن الدرر ، ولو كانت بلفظ البيع فبيع إجماعا أى من أبى يوسف ، ومنهما فيجرى فيها حكم البيع حتى إذا دفع السلعة من غير بيان الثمن كان بيعا فاسداً «ط» ، وكذا يفسد لو كان المبيع منقولا قبل قبضه، وما فى «ح» من أنها بيع لو بعد القبض وإلا ففسخ لئلا يلزم بيع المنقول قبل قبضه ، ففيه أن هذا التفصيل فى لفظ الإقالة والكلام فى لفظ البيع ويتفرع على كونها فسخا فى حق المتعاقدين فروع كما يتفرع على كونها بيعا فى حق ثالث فروع وسنذكر ذلك فى المواد الآتية بعد[1] .

* * *

مادة (١٧٥) :

« الزيادة المتصلة فى المبيع لا تمنع الإقالة وكذا الزيادة

(١) ابن عابدين حـ ٤ ص ١٥٤، ١٥٦

المنفصلة إن كانت قبل القبض ، وإن كانت بعده فلا تصح الإقالة » .

المـــذكـرة الإيضـاحيّـة

مما يتفرع على كون الإقالة فسخا فى حق المتبايعين أن الزيادة متصلة أو منفصلة إن كانت قبل القبض لا تمنع الفسخ والدفع ، وإن متصلة فكذلك بعد القبض عنده ، وإن كانت منفصلة بطلت الإقالة لتعذر الفسخ ، قال فى الفتح . والحاصل أن الزيادة متصلة كانت كالسمن أو منفصلة كالولد والأرش إذا كانت قبل القبض لا تمنع الفسخ والدفع ، وإن كانت بعد القبض متصلة فكذلك عنده ، وإن كانت منفصلة بطلت الإقالة لتعذر الفسخ معها اهـ ومثله فى ابن ملك على المجمع لكن تقدم عن الخلاصة أن ما يمنع الرد بالعيب يمنع الإقالة ، وتقدم أيضا أن الرد بالعيب يمتنع فى المتصلة الغير المتولدة مطلقا ، وفى المنفصلة المتولدة لو بعد القبض فقط ، ويوافقه مافى الخامس والعشرين من جامع الفصولين أن الرد بالعيب يمتنع لو الزيادة متصلة لم تتولد اتفاقا كصبغ وبناء ، والمنفصلة المتولدة كولد وثمر وأرش تمنع الرد ، وكذا تمنع الفسخ بسائر أسباب الفسخ ، والمنفصلة التى لم تتولد ككسب وغلة لا تمنع الرد والفسخ بسائر أسبابه .(١)

---

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ١٥٤

مادة (١٧٦) :

« لا تفسد الإقالة بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقها به » .

المذكرة الإيضاحية

الإقالة فى البيع صحيحة وإن وجد فيها شرط فاسد فإنه يلغو كما فى المادة (١٧١) وذلك كأن يشترط أن يكون الثمن فى الإقالة جنساً غير جنس الثمن الأول فيكون دراهم فى الإقالة مع كونه دنانير فى البيع مثلا ، أو يشترط أن يكون الثمن فى الإقالة أزيد من الثمن الأول ، فإن هذا الشرط مع كونه فاسدا إلا أن الإقالة لا تفسد به بل تكون صحيحة وإن لم يصح تعليق الإقالة بالشرط الفاسد ، ومثل له فى البحر عن البزازية من قول المشترى للبائع إن وجدت مشتريا بأزيد فبعه منه[١] .

* * *

مادة (١٧٧) :

« يجوز للبائع بعد الإقالة بيع المبيع للمشترى ثانية أو هبته له ولو قبل قبضه » .

---

(١) ابن عابدين حـ ٤ ص ١٥٥

المذكرة الإيضاحية

لكون الإقالة فسخا جاز للبائع بيع المبيع منه بعد الإقالة ولو قبل قبض المبيع ، وصورة ذلك باع زيد من عمرو شيئا منقولا كثوب وقبضه عمرو ثم تقايلا ثم باعه زيد ثانيا من عمرو أو غيره قبل قبضه من عمرو جاز البيع من المشترى وكذلك الهبة منه قبل قبضه لأن الإقالة فسخ فى حقهما فقد عاد الى البائع ملكه السابق فلم يكن بائعا او واهباً ما شراه قبل قبضه ، فلو كانت الإقالة بيعا فى حقهما لبطل البيع والهبة كبيعه من غير المشترى (عينى) .(١)

. . .

مادة (١٧٨) :

« يصح قبض البائع للمبيع المكيل والموزون بعد الإقالة دون إعادة كيله أو وزنه » .

المذكرة الإيضاحية

معنى صحة قبض البائع المبيع المكيل والموزون جواز التصرف

---

(١) ابن عابدين حـ ٤ ص ١٠٥، ١٠٦

فيه يبيع أو أكل من غير أن يعيد الكيل أو الوزن فلو أن الإقالة كانت بيعا لم يجز ما تقدم[1].

. . .

مادة (١٧٩) :

« إذا سلم الشفيع الشفعة ثم تقايل المتبايعان فطلبها الشفيع قضى له بها ».

المذكرة الإيضاحية

من ثمرة كون الإقالة بيعا فى حق ثالث فى المادة(٣)أنه لو كان المبيع عقارا فسلم الشفيع الشفعة ثم تقايل المتبايعان فطلبها الشفيع عند علمه بالمقايلة قضى له بها لكونها بيعا جديدا بالنسبة للشفيع فكان الشفيع ثالثهما ، وقيد بتسليم الشفيع للشفعة لتظهر فائدة كونها بيعا وإلا لو لم يسلم بأن أقال المشترى قبل أن يعلم الشفيع بالبيع فله الأخذ بالشفعة أيضا إن شاء بالبيع الأول وإن شاء بالبيع الحاصل بالإقالة[2].

. . .

(١) ابن عابدين حـ ٤ ص ١٥٦

(٢) ابن عابدين حـ ٤ ص ١٥٦

مادة (١٨٠) :

« إذا علم البائع الثانى بعيب فى المبيع بعد الإقالة فلا يرده على البائع الأول » .

المذكرة الإيضاحية

إذا باع المشترى ما اشتراه لآخر ثم تقايلا فعلم البائع الثانى وهو المشترى من البائع لأول بعيب فى المبيع بعد هذه الإقالة لا يرده على البائع الأول لأن الإقالة بيع فى حق هذا البائع الأول فكأن البائع الثانى اشتراه بالإقالة من المشترى منه « بحر » فالثالث هنا هو البائع الأول ، وهذه كما فى الشرنبلالية حيلة للشراء بأقل مما باع قبل نقد ثمنه(١) .

* * *

مادة (١٨١) :

« ليس للواهب الرجوع فى الهبة إذا باع الموهوب له الشىء الموهوب من آخر ثم تقايل البائع والمشترى » .

---

(١) ابن عابدين ﺣ ٤ ص ١٥٦

المذكرة الإيضاحية

ليس للواهب الرجوع إذا باع الموهوب له الشيء الموهوب من آخر ثم تقايلا ، لأنه أي الموهوب له لما تقايل مع المشتري منه صار كالمشتري من هذا المشتري ، فكأنه عاد إليه الموهوب بملك جديد ، وذلك مانع من رجوع الواهب في هبته ، فالثالث هو الواهب[1] .

. . .

مادة (١٨٢) :

« إذا باع المشتري المبيع لآخر بعد قبضه وقبل سداد الثمن ثم تقايل المتبايعان جاز للبائع الأول شراؤه من المشتري الأول بالأقل » .

المذكرة الإيضاحية

إذا باع المشتري المبيع من آخر بعد قبضه وقبل نقد الثمن ثم تقايل المتبايعان جاز للبائع الأول شراؤه من المشتري منه بالأقل « صورته » اشترى شيئاً فقبضه قبل نقد الثمن فباعه من آخر ثم تقايلا وعاد إلى

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ١٥٦

المشترى ، ثم إن البائع اشتراه من المشترى بأقل من الثمن جاز ، ويجعل فى حق البائع كأنه ملكه بسبب جديد (فتح) .(١)

• • •

مادة (١٨٣) :

« هلاك الثمن لا يمنع صحة الإقالة وهلاك المبيع يمنع صحتها فهلاك بعضه يمنع صحتها بقدره » .

المذكرة الإيضاحية

إذا هلاك الثمن لا يمتنع مع هلاكه صحة الإقالة إذ ليس من شرط صحتها بقاؤه بل من شرطها بقاء المبيع فهلاكه يمنع صحتها ، لأن الإقالة عبارة عن رفع عقد البيع والمبيع محله (بحر) . ويمنع صحة الإقالة أيضا هلاك المبيع بعد الإقالة وقبل التسليم للبائع ، فإن هلاكه فى هذه الحالة يبطل الإقالة ، وعلى ذلك فإذا هلك بعض المبيع فإنه يمنع صحة الإقالة بقدر هذا البعض الهالك فى المبيع اعتبارا للجزء بالكل ، يعنى هلاك الكل كما منع فى الكل فهلاك البعض يمنع فى البعض ، وفيه إشارة إلى انه لو قايله فى بعض المبيع وقبله صح ، وبه صرح فى « الحاوى سائحانى » .

---

(١) ابن عابدين حـ ٤ ص ١٥٧

مادة (١٨٤) :

(ا) تصح الإقالة إذا هلك أحد البدلين فى المقايضة وكذا فى السلم وعلى المشترى قيمة ما هلك إن كان قيميا ومثله إن كان مثليا .

(ب) وهلاك البدلين يبطل الاقالة إلا فى الصرف » .

المذكرة الإيضاحية

المقايضة هى بيع عين بعين كأن تبايعا إبلا بغنم ، فإذا هلك أحد البدلين فى المقايضة كأن هلكت الغنم فى يد بائع الإبل ثم تقايلا البيع فى الإبل مثلا صحت الإقالة ولصاحب الغنم قيمتها لأنها قيمية ، ولو كان البدل الذى هلك مثليا بأن كان قمحا مثلا رد مثله ، ولا تبطل الإقالة بهلاك أحد البدلين بعد وجودها لأن كل واحد منهما مبيع ، فكان المبيع الذى هو محل العقد قائما وتمامه فى العناية ، وكذا الحكم فى السلم وهو بيع آجل بعاجل فتصح الإقالة فيه اذا هلك أحد البدلين ، فلا يرد على اشتراط قيام المبيع لصحة الإقالة إقالة السلم قبل قبض المسلم فيه فإنها أى الإقالة صحيحة سواء أ كان رأس المال عينا أم دينا ،

وسواء أكان قائما بيد المسلم إليه ام هالكا ، لأن المسلم فيه وإن كان دينا حقيقة فله حكم العين حتى لا يجوز الاستبدال به قبل قبضه ، وإذا صحت الإقالة فإن كان رأس المال عينا ردت وإن كانت هالكة رد المثل إن كان مثليا ، والقيمة إن كان قيميا ، وكذا إقالته بعد قبض المسلم فيه ان كان قائما ويرد رب السلم عين المقبوض لكونه متعينا كذا فى البدائع « اهـ » ح ، هذا اذا هلك أحد البدلين ، أما إذا هلك البدلان فتبطل الإقالة الا فى الصرف وهو بيع ثمن بثمن ، فهلاك بدليه لا يبطل الإقالة لأن المعقود عليه فيه هو ما فى ذمة كل من المتعاقدين[1] .

* * *

مادة (١٨٥) :

« تبطل الإقالة إذا هلك المبيع بعدها قبل تسليمه »

المذكرة الإيضاحية

هلاك المبيع حقيقة أو حكما كما يمنع ابتداء الإقالة يمنع بقاء الإقالة اهـ (ح) وبه صرح فى النهر ، وهلاك المبيع لا يختص بكونه قبل الإقالة بل مثله ما إذا كان الهلاك حقيقة أو حكما بعدها قبل التسليم إلى البائع ونص عبارة البزازية : « هلك المبيع بعد الإقالة قبل التسليم بطلت اهـ[2] .

---

(١) ابن عابدين حـ ٤ ص ١٥٧

(٢) ابن عابدين حـ ٤ ص ١٥٧

مادة (١٨٦):

« الإقالة صحيحة وإن نقص المبيع فيما هو تبع للمبيع ويلتزم البائع بجميع ثمنه إن علم بالنقصان وقت الاقالة » .

المذكرة الإيضاحية

تكون الإقالة فى البيع صحيحة وان نقص للبيع بما هو تبع له كأن اشترى أرضا بها شجر فقطع ثم تقابل المتبايعان صحت الإقالة ولزم البائع جميع الثمن ولا شىء له من أرش الشجر لأن الشجر يدخل فى بيع الأرض تبعا كما فى البحر ، وهذا إن كان عالما بالقطع وقت الإقالة فيلتزم بجميع الثمن ، وإن كان غير عالم وقت الإقالة بنقصان المبيع فله الخيار بين أن يأخذ المبيع بكل ثمنه من غير أن يسقط شيئا منه بقدر النقصان أو أن يترك المبيع[1] .

* * *

مادة (١٨٧) :

« تصح إقالة الاقالة إلا فى السلم قبل قبض المسلم فيه » .

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ١٥٧ ، ١٥٨

تصح إقالة الإقالة فى البيع ، فلو تقايل المتبايعان البيع ثم تقايلا الإقالة ارتفعت وعاد البيع إلا فى إقالة السلم قبل قبض المسلم فيه فإنها لا تقبل لكون المسلم فيه دينا سقط بالإقالة . فلو انفسخت الإقالة لكان حكم انفساخها عود المسلم فيه والساقط لا يحتمل العود بخلاف الإقالة فى البيع . لأن المبيع عين فأمكن عوده إلى ملك المشترى « بحر » . هذا إذا كان قبل قبض المسلم فيه . وأما بعده فتصح اقالة السلم ولذا تقيدت المادة بكونه قبل القبض لا بعده[1] .

• • •

(١) ابن عابدين حـ٤ ص ١٥٨

المرابحة والتولية

مادة (١٨٨) :

« المرابحة بيع ما ملكه من العروض بمثل ما قام عليه مع زيادة ربح معلوم » .

المذكرة الإيضاحية

عبارة «ما ملكه» تعنى مطلق الملك ، سواء كان بعوض كالشراء ، أو بغيره كالإرث والهبة ونحوهما ، إذا قدر قيمته وضم إليه مؤنته .

والمراد « بمثل ما قام عليه » .

أولا : الثمن الذى وقع العقد الأول عليه . . ومايلحق بأصل هذا العقد من زيادة فى الثمن أو حط منه .

ثانيا : ما صرف على المبيع من كل ما يزيد فى قيمه أو فى قيمته ، وجرى العرف بإلحاقه برأس المال فى عادة التجار ، لأن عرف المسلمين وعادتهم حجة ، قال النبي ﷺ : « مارآه المسلمون حسنا فهو عندالله حسن » .

ويضم علف الدواب إلا أن يعود عليه شيء متولد منها ، كألبانها وصوفها وسمنها ، فيسقط قدر ما نال مما هو متولد من عين المبيع ، ويضم ما زاد ، بخلاف ما إذا أجر الدابة .

ويقول البائع عند البيع وضم ما يجوز ضمه : قام على بكذا ، لا اشتريته بكذا تحرزا عن الكذب .

وعلى البائع أن يطرح من الثمن ما يأتى :

(ا) ماسبقت الإشارة إليه مما عاد عليه من شيء متولد من المبيع ، كاللبن والصوف والسمن .

(ب) ما ربح أولا ، لو شراه ثانيا بجنس الثمن الأول .

(حـ) ما ربح فى المبايعة بينه وبين من لا تجوز شهادته له للتهمة ، كأصله ، وفرعه ، وأحد الزوجين ، وأحد المتعاقدين .

(ى) حصته من الربح لو اشترى من شريكه[1] .

* * *

مادة (١٨٩) :

« إذا ظهرت خيانة فى المرابحة خير المشترى بين إمضاء العقد بجميع الثمن أو فسخه إن كان المبيع قائما ولم يتعيب » .

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٥ ص ٢٢٢ ، ٢٢٣ ، فتح القدير جـ ٥ ص ٢٥٢ وما بعدها ، ابن عابدين جـ ٤ ص ١٥٩ ؛ ١٦٠ الدور جـ ٢ ص ١٨١

مراد القول بالتخيير: أنه لولم يحط قدر الخيانة تبقى المرابحة، وأن تفاوت الربح لا يغير التصرف ، وإنما أوجب تغييراً فى قدر الثمن ، وهذا يوجب خللا فى الرضا فيثبت الخيار .

أو أن العقد لم يلزم إلا بالقدر المسمى من الثمن ، وأن المرابحة ترغيب ، فيكون الثمن الأول وصفاً مرغوباً فيه فيتخير لفواته .

والتخيير هو القول الراجح فى المذهب ، وهو لأبى حنيفة ومحمد .

وإنما يثبت هـذا التخيير إذا كان المبيع عند ظهور الخيانة بمحل الفسخ قائما ولم يتعيب .

فإذا هلك المبيع أو حدث به ما يمنع الفسخ بطل الخيار ، ولزمه بجميع الثمن ، لأنه إذا لم يكن بمحل الفسخ لم يكن فى ثبوت الخيار فائدة فيسقط كما فى خيار الشرط والرؤية بخلاف خيار العيب ، لأن المستحق فيه جزء فائت يطالب به فيسقط ما يقابله إذا عجز عن تسليمه .

ويرى أبو يوسف : لزوم العقد ، وحط قدر الخيانة ، لأن هذا البيع ينعقد بقوله : بعتك مرابحة على الثمن الأول ، فهو أصل ، فلابد من البناء عليه ، فإذا ظهر خيانة ، تبين أن تسمية قدر هذه الخيانة لم تصح فتلغو ، ويبقى العقد لازما بالباقى[1].

* * *

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٦٣ . بدائع الصنائع ج ٥ ص ٢٢٦ ، فتح القدير ج ٥ ص ٢٥٦ ، ٢٥٧

مادة (١٩٠) :

« يجب على البائع بيان العيب ولو كان بآفة سماوية دون بيان أنه اشتراه سالما » .

المذكرة الإيضاحية

إذا حدث بالسلعة عيب فى يد البائع ، أو فى يد المشترى ، فأراد أن يبيعها مرابحة .

إن حدث العيب بآفة سماوية فله أن يبيعها مرابحة بجميع الثمن من غير بيان عندنا ، وعند زفر والشافعى لا يبيعها مرابحة حتى يبين .

وإن حدث العيب بفعله أو بفعل أجنبي لم يبعه مرابحة حتى يبين بالإجماع ، لأن الفائت صار مقصوداً بالفعل ، وصار مقابله الثمن ، فقد حبس المشترى جزءاً يقابله ، فلا يملك بيع الباقى مرابحة إلا ببيان فالخلاف فيما إذا كان العيب بآفة سماوية .

حيث يرى أبو حنيفة ومن معه أن له أن يبيع مرابحة بدون بيان العيب لأن الفائت جزء لا يقابله ثمن ، بدليل : أنه لو فات بعد العقد قبل القبض ، لا يسقط بحصته شيء من الثمن ، فكان بيانه والسكوت

عنه بمنزلة واحدة ، ومايقابله الثمن قائم بالكلية ، فله أن يبيعها مرابحة من غير بيان ، لأنه يكونه بائعاً ما بقى بجميع الثمن .

ويرى زفر ومن معه : أن لا يبيع مرابحة حتى يبين ، لأن البيع من غير بيان حدوث العيب لا يخلو من شبهة الخيانة ، لأن المشترى لو علم أن العيب حدث فى يد المشترى لكان لا يربحه فيه ، ولأنه لما باعه بعد حدوث العيب فى يده ، فقد احتبس عنده جزءاً منه ، فلا يملك بيع الباقى من غير بيان ، كما لو احتبس بفعله أو بفعل أجنبي .

وقد رجح ابن الكمال رأى زفر لأن مبنى المرابحة على عدم الخيانة ، وعدم ذكره أنها انتقصت ، إيهام للمشترى أن الثمن المذكور كان لها ناقصة ، والغالب أنه لو علم أن ذلك ثمنها صحيحة ، لم يأخذها معيبة إلا بحطيطة ، وسبب شرعية المرابحة اعتماد أن الثمن قيمتها . وهذا يبين أنه لا يروم شراءها إلا بقيمتها كى لا يغبن ، وأنه لو علم لم يرض، فكان سكوته تغريراً له[1] .

* * *

مادة (١٩١) :

« إذا اشترى شخص شيئاً بثمن مؤجل وباعه مرابحة بثمن حال فللمشترى الخيار بين الأخذ بكل الثمن أو الترك إذا كان المبيع قائما » .

---

(١) بدائع الصنائع حـ ٥ ٢٢٣ ، ابن عابدين حـ ٤ ص ١٦٥ ، فتح القدير حـ ٥ ص ٢٦١

من اشترى شيئا بثمن مؤجل وباعه مرابحة بثمن حال كمن اشترى دابة بمائة — مثلا — نسيئة فباعه بربح عشرة ، ولم يبين أنه اشتراها نسيئة بالمائة ، فعلم المشترى بذلك ، فله الخيار إن شاء رد المبيع ، وإن شاء قبل بالمائة والعشرة حالة .

وإنما يثبت له الخيار ، لأن للأجل شبها بالمبيع ، ألا يرى أنه يزاد فى الثمن لأجله ، والشبهة ملحقة بالحقيقة ، فكان كأنه اشترى شيئين بالمائة ، وباع أحدهما بها على وجه المرابحة ، وهذا خيانة فيما إذا كان مبيعا حقيقة ، فإذا كان أحد الشيئين يشبه المبيع ، يكون هذا شبهة الخيانة ، وشبهة الخيانة ملحقة بالحقيقة فى المرابحة ، فإذا ظهرت يخير على ما عرف من مذهب أبى حنيفة ومحمد .

هذا الحكم إذا علم الخيانة قبل هلاك المبيع ، بأن كان المبيع قائما أما إذا علم بعدما هلك أو استهلكه ، لزمه كل الثمن حالا ، لأن الأجل فى نفسه ليس بمال ، فلا يقابله شىء حقيقة إذا لم يشترط زيادة الثمن بمقابلته قصدا ، ويزاد فى الثمن لأجله ، إذا ذكر الأجل بمقابلة زيادة الثمن قصداً ، فاعتبر مالا فى المرابحة ، احترازاً عن شبهة الخيانة ، ولم يعتبر مالا فى حق الرجوع عملا بالحقيقة . (بحر)[١] .

* * *

(١) فتح القدير ج ٥ ٢٦٢ ، ابن عابدين ج ٤ ص ١٦٦

مادة (١٩٢) :

« التولية بيع ما ملكه بما قام عليه دون زيادة ربح » .

المذكرة الإيضاحية

قال صاحب الدر : التولية : بيعه بثمنه الأول ولو حكما (أى بهبة أو إرث . . الخ) يعنى بقيمته ، وعبر عن القيمة بالثمن ، لأن الغالب فيما يملكه الإنسان ، أن يكون بثمن سابق(١) .

* * *

مادة (١٩٣) :

« إذا ظهرت خيانة فى التولية يحط بقدرها ، ويلزم العقد بالباقى » .

المذكرة الإيضاحية

إنما كان للمشترى الحط فى التولية إذا ظهرت خيانة ، لأنه لو لم يحط فيها ، لا تبقى تولية ، لأنه يزيد على الثمن الأول ، والعقد إنما تعلق

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ١٦٠ ، ١٦١

باعتبارها ، فيتغير التصرف إلى بيع آخر بثمن آخر ولم يوجد ذلك البيع الآخر .

أما فى المرابحة فإنه لو لم يحط ، لم تخرج عن كونها مرابحة ، وإن كان يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف .

والحط فى التولية عند ظهور الخيانة قول أبى حنيفة وأبى يوسف .

ويرى محمد أنه يتخير فيها ، لأن الاعتبار ليس إلا للتسمية ، لأن الثمن به يصير معلوما ، وبه ينعقد البيع ، ولا خيار بأنه الثمن الأول ، لا يتعلق الانعقاد به إنما هو ترويج وترغيب ، فيكون وصفاً مرغوباً فيه ، فبفواته بظهور أن الثمن ليس ذاك يتخير[1] .

* * *

مادة (١٩٤) :

«تأخذ التولية حكم المرابحة فى بيان العيب وكتمان الأجل»[2] .

المـــذكـرة الإيضـاحيـة

أنظر شرح المادة الثالثة والرابعة من (المرابحة والتولية) .

* * *

---

(١) المراجع ابن عابدين حـ ٤ ص ١٦٣ ، فتح القدير حـ ٥ ص ٢٥٦
(٢) ابن عابدين حـ ٤ ص ١٦٦

مادة (١٩٥) :

« التغرير المؤدى إلى الغبن الفاحش يثبت به الرد فى المرابحة والتولية ولا يمنع من الرد التصرف فى بعض المبيع قبل العلم بالغبن »[1] .

المذكرة الإيضاحية

الغبن الفاحش هو مالا يدخل تحت تقويم المقومين هو الصحيح كما فى البحر .

وذلك كما لو وقع البيع بعشرة مثلا ، ثم إن بعض المقومين يقول : إنه يساوى خمسة وبعضهم ستة ، وبعضهم سبعة ، فهذا غبن فاحش ، لأنه لم يدخل تحت تقويم أحد بخلاف ما إذا قال بعضهم ثمانية وبعضهم تسعة وبعضهم عشرة فهذا غبن يسير .

والغبن الفاحش لارد به فى ظاهر الرواية وبه أفتى بعضهم مطلقاً أى سواء كان الغبن بسبب التغرير أو بدونه لكن هذا الإطلاق لم يذكره فى « القنية » وإنما حكى فى القنية الأقوال الثلاثة ، فيفهم منه أن هذا غير مقيد بالتغرير أو بدونه ، ولكن نقل فى الفتح أن الإمام

(١) ابن عابدين حـ ٤ ص ١٦٦ ، ١٦٧

علاء الدين السمرقندى ذكر فى تحفة الفقهاء أن أصحابنا يقولون فى المغبون أنه لا يرد ، لكن هذا فى مغبون لم يغر ، أما فى مغبون غر يكون له حق الرد استدلالا بمسئلة ا ه أى بمسئلة ما إذا خان فى المرابحة فإن ذلك تغرير يثبت به الرد .

ويفتى بالرد — رفقاً بالناس وعليه أكثر روايات المضاربة وبه يفتى — إن غر المشترى البائع أو العكس أو غر الدلال فله الرد وإن غره أجنبي لا رد ، وإن لم يحدث تغرير لا رد وبه أفتى صدر الإسلام وغيره هو الصحيح .

وتصرف المغبون فى بعض المبيع قبل علمه بالغبن غير مانع من الرد، فيرد مثل ما أتلفه مع رد الباقى ويرجع بكل الثمن هذا إذا كان المبيع مثلياً ، اما إذا كان قيمياً وتصرف ببعضه فهل يرجع بقدر ماغبن فيه ، أو لا يرجع ، او يرد الباقى ويضمن قيمة ماتصرف فيه ؟

قال ابن عابدين :ماذكرته من أن المغبون إذا غر له الرد استدلالا بمسئلة المرابحة يفيد أن خيار التغرير فى حكم خيار الخيانة فى المرابحة وقد سبق أنه لو هلك المبيع أو استهلكه فى المرابحة قبل رده ، أو حدث به ما يمنع من الرد لزمه جميع الثمن المسمى وسقط خياره ، ومقتضى قوله : أو حدث به ما يمنع الرد الخ . أنه لو هلك البعض أو استهلكه ، له رد الباقى ، إلا فى نحو الثوب الواحد ، والظاهر أن هنا كذلك(١) .

* * *

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ١٦٦ ، ١٦٧

باب الرّبا

مادة (١٩٦) :

« الربا فضل ولو حكما خال عن عوض مشروط لأحد العاقدين فى معاوضة مال بمال » .

المذكرة الإيضاحية

« الربا فضل » مال أى فضل أحد المتجانسين على الآخر بالمعيار الشرعى (الكيل والوزن) ففضل إردب شعير على إردب بر ، لا يكون رباً لاختلاف الجنس وقيد بقوله « ولو حكما » ليدخل ربا النسيئة .

« خال » ذلك الفضل « عن عوض » قيد به ليخرج بيع أردب بر ، وأردب شعير ، بإردبى بر وإردبى شعير ، فإن للثانى فضلا على الأول ، لكنه غير خال عن العوض ، فيصرف الجنس إلى خلاف جنسه : بأن يباع أردب بر بإردبى شعير وأردب شعير بإردبى بر .

مشروط « ذلك الفضل » لأحد العاقدين » بائعين ، أو مقرضين ، أو راهنين . للاحتراز عما شرط لغيرهما ، فليس رباً بل بيعاً فاسداً .

« فى معاوضة مال بمال » قيد بها للاحتراز عن هبة بعوض زائد ، كأن باعه عشرة دراهم بعشرة دراهم ، بزيادة دانق غير — مشروط — هبة بشرط : أن يكون فى الكسر إضرار بها ، فإن لم يضر بها الكسر وجب تخليص الدانق وتسليمه لإمكان القسمة .

ويدخل فى الربا ما إذا شرط فيه من الانتفاع بالرهن: كالاستخدام والركوب ، والزراعة ، واللبس ، وأكل التمر ، فإن الكل ربا حرام ، كما فى القهستانى(١) .

* * *

مادة (١٩٧) :

« يتحقق الربا بوجود القدر والجنس » .

المذكرة الإيضاحية

« العلة » ما يضاف إليها ثبوت الحكم بلا واسطة ، فالشرط ليس بعلة لأنه لا يضاف إليه ثبوت الحكم ، والسبب والعلامة وعلة العلة ؛ لأنها الواسطة .

---

(١) المراجع : مجمع الانهر جـ٢ص ٨٣، ٨٤ ابن عابدين جـ٤ ص١٨٤، ١٨٥

فعلة تحريم الزيادة :

١ — القدر : وهو التساوى فى المعيار الشرعى الموجب للمماثلة الصورية وهو : الكيل والوزن ...

٢ — والجنس أى مع اتحاد الجنس فى العوضين فالعلة مجموع الوصفين ، لأن الأصل فيه الحديث المشهور ، وهو قوله — ﷺ — « الحنطة بالحنطة مثلا بمثل ، يداً بيد » ، وعد الأشياء الستة : الحنطة ، الشعير ، التمر ، الملح ، الذهب ، الفضة .

ولما كان الأمر للوجوب ، والبيع مباح ، صرف الوجوب إلى رعاية المماثلة ، والمماثلة بين الشيئين يكون باعتبار الصورة والمعنى معا ، والقدر يسوى الصورة ، والجنسية تسوى المعنى ، فيظهر الفضل الذى هو الربا .

فحرم بيع الكيلى والوزنى بجنسه : كبيع الحنطة بالحنطة ، والذهب بالذهب مثلا متفاضلا ، لوجود الربا فى ذلك ، أو نسيئة (بأجل) لما فى ذلك من شبهة الفضل إذ النقد خير ، ولو كان غير مطعوم كالجص من المكيلات ، والحديد من الموزونات ، لأن الطعم غير معتبر عندنا .

وحل بيع ذلك متماثلا بعد التقابض ، أو متفاضلا غير معبر بمعيار ، كحفنة بحفنتين لانتفاء جريان الكيل ، وما دون نصف صاع فهو فى حكم الحفنة ، لأنه لا تقدير للشرع بما دونه ، وكذا بيع بيضة ببيضتين .

والقاعدة : أن ما لايدخل تحت المعيار « وهو الكيل والوزن » اما لقلته كالحفنة والحفنتين والتمرة والتمرتين ، واما لكونه عدديا ، لايباع بالمعيار الشرعى كالبيضة والبيضتين ، يحل البيع متفاضلا ، لعدم جريان القدر والمعيار فلا يوجد المساواة فلم يتميز الفضل وبقى على الأصل وهو الحل(١) .

* * *

مادة (١٩٨) :

« إذا وجد القدر مع الجنس حرم الفضل والنساء ، وإن عدما حلا ، وإن وجد أحدهما حل الفضل وحرم النساء » .

المذكرة الإيضاحية

اذا تحقق الوصفان ، الكيل أو الوزن مع « الجنس » حرم الفضل كإردب بر بإردبين منه ، وحرم النسأ ولو مع التساوى كاردبين باردبين منه أحدهما أو كلاهما نسيئة « مؤخرا » لوجود العلة .

وان لم يتحقق كل من الوصفين ، حل الفضل والنسا ، لعدم العلة الموجبة المحرمة ، اذ الأصل الجواز ، والحرمة بعارض ، فيجوز مالم يثبت فيه دليل الحرمة .

---

(١) مجمع الانهر جـ ٢ ص ٨٤ ، ٨٥

والتصرف فيه قبل القبض لايجوز ، ولرأس المال شبه بالمبيع فلا يجوز التصرف فيه قبل القبض ، فنى التولية تمليكه بعوض ، وفى الشركة تمليك بعضه بعوض فلا يجوز .

وإن تقايلا السلم لايجوز لرب السلم شراء شىء من المسلم إليه برأس المال قبل قبضه لقوله عليه السلام : «لاتأخذ إلا سلمك أو رأس مالك »(١) .

* * *

(١) مجمع الأنهر جـ ٢ ص ١٠٣ ، فتح القدير جـ٥ ص ٣٤٥ .

الاستصناع

مادة (٢١٤) :

« الاستصناع : بيع ما يصنعه عينا » .

المذكرة الإيضاحية

الاستصناع . لغة : طلب العمل .

وشرعا : بيع ما يصنعه عينا .

فيطلب فيه من الصانع العمل والعين جميعا ، فلو كان العين من المستصنع كان إجارة لا استصناعا .

وكيفيته : أن يقول الصانع كخفاف مثلا : اصنع لى من مالك خفاً من هذا الجنس بهذه الصفة بعشرين .

فإن حدد فيه أجل كان سلما (انظر المادة ١٠ سلم) .

والاستصناع بلا أجل معلوم يصح استحسانا فيما تعورف فيه كخف وطست وغير ذلك من الأوانى .

وجوازه استحسانا لأن الناس تعاملوه فى سائر الأعصار من غير نكير فكان إجماعاً منهم على الجواز ، وقد استصنع رسول الله ﷺ خاتماً ومنبراً .

والقياس يأبى جوازه لأنه بيع المعدوم :

وهو بيع عند عامة « مشايخنا » وقال بعضهم : هو عدة لكن الصحيح من المذهب جوازه بيعاً لأن محمداً ذكر فيه القياس والاستحسان وهما لا يجريان فى المواعدة ، وثبت فيه خيار الرؤية للمستصنع وهو من خصائص البيوع .

ومن شرط جوازه أن يكون فيما للناس فيه تعامل والعدات لا يتقيد جوازها بهذه الشرائط فدل أن جوازه جواز البياعات لا جواز العدات .

ولا يصح الاستصناع بلا أجل فيما لم يتعارفه الناس فيه كما إذا أمر حائكا أن ينسج له ثيابا بغزل من عنده بدراهم لم يجز إذ لم يجر فيه التعامل فيبقى على أصل القياس ، إلا إذا شرط فيه الأجل و بين شرائط السلم فحينئذ يجوز بطريق السلم(١) .

* * *

مادة (٢١٥) :

« يكون الاستصناع سلما إذا حدد فيه الأجل » .

---

(١) مجمع الأنهر ج ٢ ص ١٠٦، ١٠٧ بدائع الصنائع ج ٥ ص ٢٠٩، ٢١٠ .

كيفية الاستصناع : أن يقول لصانع كخفاف مثلا : اصنع لى من مالك خفاً من هذا الجنس بهذه الصفة بعشرين بأجل معلوم كأن يقول : شهراً مثلا . صار سلما ؛ فتعتبر فيه شرائط السلم .

فيصح فيما أمكن ضبط صفته وقدره تعورف الاستصناع فيه أولا عند أبى حنيفة لأن السلم ثابت بالكتاب والسنة والإجماع مطلقا . وعند الصاحبين إن ضُربَ الأجل فيما تعورف فهو استصناع ، لأن اللفظ حقيقة فيه فيحفظ على مقتضاه ، وإن ضرب فيما لا يتعارف فيه فهو سلم ، لتعذر جعله استصناعا ، ويحمل الأجل فيما فيه تعامل على الاستعجال . هذا إذا كانت المدة على سبيل الاستمهال . أما إذا كانت على سبيل الاستعجال بأن استصنع على أن يفرغ عنه غداً أو بعد غد لا يصير سلما بالإجماع[1] .

* * *

مادة (٢١٦) :

«يشترط فى جواز الاستصناع بيان جنس العين المستصنعة ونوعها وقدرها وصفتها وأن يكون فيما للناس فيها تعامل » .

---

(١) مجمع الأنهر ج ٢ ص ١٠٦ .

المذكرة الإيضاحية

يشترط فى جواز الاستصناع بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وصفته وأن يكون فيما للناس فيه تعامل ، لأنه مبيع فلابد وأن يكون معلوما ، والعلم يحصل بهذه الأشياء .

أما ما لا تعامل لهم فيه فلا يجوز ، لأن جواز الاستصناع مع أن القياس يأباه ، يثبت بتعامل الناس فيختص بما لهم فيه تعامل ، ويبقى الأمر فيما وراء ذلك موكولا إلى القياس[1] .

* * *

مادة (٢١٧) :

« ثبوت الملك فى العين المستصنعة غير لازم فى حق المستصنع وله خيار الرؤية ، ولازم فى حق الصانع إن رضى به المستصنع ولا خيار له » .

المذكرة الإيضاحية

حكم الاستصناع فى حق المستصنع — إذا أتى الصانع بالمستصنع على الصفة المشروطة — ثبوت ملك غير لازم فى حقه حق يثبت له

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص٢٠٩ ، ٢١٠ .

خيار الرؤية إذا رآه إن شاء اخذه وإن شاء تركه ، وفى حق الصانع ثبوت ملك لازم إذا رآه المستصنع ورضى به ولا خيار للصانع .

وهذا جواب ظاهر الرواية ، لأن المستصنع مشتر شيئاً لم يره لأن المعقود عليه وإن كان معدوما حقيقة لكنه جعل موجودا شرعا حتى جاز العقد استحسانا ، ومن اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه، والصانع بائع شيئاً لم يره فلا خيار له ، ولأن إلزام حكم العقد فى جانب المستصنع إضرار لأن من الجائز أن لا يلائمه المصنوع ولا يرضى به فلو لزمه وهو مطالب بثمنه فيحتاج إلى بيعه من غيره ، ولا يشترى منه بمثل قيمته فيتضرر به ، وليس فى الإلزام فى جانب الصانع ضرر ، لأنه إن لم يرض به المستصنع يبيعه من غيره بمثل قيمته ، وذلك ميسر عليه

وروى عن أبى حنيفة أن ثبوت الملك غير لازم فى حق كل منهما حتى يثبت لكل واحد منهما الخيار لأن فى اللزوم أضراراً بهما ، فبالنسبة للصانع فإن فى إثبات الخيار للمستصنع اضرارا به لأنه قدأفسد متاعه وفرى جلده وأتى بالمستصنع على الصفة المشروطة ، وأما ضرر المستصنع فلأن الصانع متى لم يصنعه واتفق له مشتر يبيعه فلا تندفع حاجة المستصنع فيتضرر به ، فوجب أن يثبت لهما الخيار دفعاً للضرر عنهما .

وعن أبى يوسف أن ثبوت الملك لازم فى حقهما فلا خيار لأحدهما لأن فى إثبات الخيار للمستصنع إضرارا بالصانع ، لأنه قدأ فسد عليه متاعه وفرى جلده ، وأتى بالمستصنع على الصفة المشروطة فلو ثبت له الخيار لتضرر به الصانع فيلزم دفعا للضرر عنه[1] .

---

(١) بدائع الصنائع جـ ٥ ص ٢١٠

باب الصرف

مادة (٢١٨) :

الصرف بيع جنس الأثمان بعضها ببعض » .

المذكرة الإيضاحية

الصرف يطلق على بيع الأثمان بعضها ببعض ، والمراد بالأثمان ماخلق للثمنية ، وفسر بذلك ليدخل فيه بيع المصوغ بالمصوغ ، أو بيع المصوغ بالنقد ، فإن المصوغ بسبب ماتصل به من الصفة لم يبق ثمناً صريحاً ، ولهذا يتعين فى العقد ، ويثبت فيه خيار الرؤية والعيب ولا يثبت فى النقد ، ومع ذلك فبيعه صرف لأنه خلق للثمنية وسواء كانت هذه الأثمان من جنس واحد كبيع الذهب بالذهب أو الفضة بالفضة ، أو من جنس مختلف كبيع الذهب بالفضة أو بعكس ذلك[١] .

* * *

(١) ابن عابدين ص ٣٢٥ جـ ٤ ، ومجمع الأنهر جـ ٢ ص ١١٦

مادة (٢١٩) :

« يشترط لبقاء صحة الصرف تقابض البدلين قبل انتهاء مجلس العقد كما يشترط التماثل عند اتحاد الجنس » .

المذكرة الإيضاحية

هذا الشرط شرط بقاء على الصحة لاشرط انعقاد ، والمقصود بالتماثل التساوى وزناً لاعدداً ، والمراد بالتساوى ، التساوى فى علم كل من المتعاقدين ، لا بحسب الواقع ، فلو لم يعلما التساوى وكان فى الواقع متساوياً ، لم يجز إلا إذا ظهر التساوى فى المجلس .

والمراد بالتقابض أن يكون بالفعل لا بالتخلية كأن يقبضه بيده ، أو يوضع له فى كفه أو جيبه ، على أن يكون ذلك قبل افتراق المتعاقدين بأبدانهما ، وهذا يفيد عموم اعتبار المجلس ، ومن ثم قالوا لايبطل المجلس بما يدل على الإعراض ، ولو سارا فرسخاً مالم يتفرقا ، واشتراط القبض أفاد أنه لا يجوز الإبراء عن بدل الصرف . ولا هبته أو التصدق به فلو فعل لم يصح بدون قبول الآخر ، فإن قبل انتقض الصرف وإلا لم يصح ولم ينتقض . واشتراط التقابض يخرج خيار الشرط والأجل لأن اشتراطهما يفسد الصرف من الأصل لأنه فساد مقترن بالعقد ولأن خيار الشرط يمنع به استحقاق القبض مابقى

الخيار ، لأن استحقاقه مبنى على الملك والخيار يمنعه ، والأجل يمنع كذلك القبض الواجب ، وبإسقاط الشرطين يصح الصرف لزوال المانع ويسقط الشرطان بنقد البدلين فى المجلس .

وإذا لم يتجانس النقدان شرط التقابض لحرمة التأخير ، ولم يشترط التماثل ، فإذا باع النقدين أحدهما بالآخر بدون معرفة قدر أو بزيادة أحدهما على الآخر كان ذلك صحيحاً .

ولو استقرضا البدلين بأن قال أحدهما للآخر بعتك درهماً بدرهم وقبل الآخر ولم يكن عندهما شيء ، ثم استقرض كل منهما درهما من ثالث ، وتقابضا قبل الافتراق صح .

وكذلك لو قال أحدهما بعتك هذا الدرهم بهذا الدرهم ، وأمسك كل منهما درهمه قبل التسليم ، ودفع كل منهما درهما آخر قبل الافتراق كان ذلك صحيحا[1] .

* * *

مادة (٢٢٠) :

« إذا ظهر زيف بعض الثمن فرده ينتقض الصرف فى المردود ويبقى فى غيره » .

---

(١) ابن عابدين ص ج ٤ ص٢٢٥ — ٢٢٧ ج ٤ ص ٢٤٥ مجمع الأنهر ج٢ ص ١١٦ .

المذكرة الإيضاحية

إذا اشترى عشرة دراهم بدينار وتقابضا ثم وجد فيها ردها زائفا فإن كانا لم يتفرقا استبدله ، وإن كانا قد تفرقا رده عليه ، وكان شريكا فى الدينار بحصته[1] .

* * *

مادة (٢٢١) :

« يبطل الصرف إذا تصرف أحد المتعاقدين فى بدل الصرف قبل قبضه عند قبول الآخر » .

المذكرة الإيضاحية

لايتصرف فى بدل الصرف قبل قبضه بهبة أو صدقة أو بيع حتى لو وهبه البدل أو تصدق به أو أبرأه منه فإن قبل بطل الصرف وإلا لا . فإن البراءة ونحوها سبب الفسخ فلا ينفرد به أحدهما دون الآخر بعد صحة العقد ، وقيد بالتصرف لأن الاستبدال به صحيح . فلو باع

---

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ٣٢٧ .

ديناراً بدرهم واشترى بالدراهم ثوباً قبل قبضها فسد البيع فى الثوب والصرف بحاله لأنه لو جاز سقط حق القبض المستحق لله تعالى وهو لايسقط بإسقاط المتعاقدين ، ولأن الثمن فى الصرف مبيع من وجه لعدم الأولية والتصرف فى المبيع قبل القبض لايجوز والقياس يقتضى جوازه كما نقل عن زفر فالبيع صحيح عنده لأن الثمن فى بيعه لم يتبين كونه بدل الصرف لأن النقد لا يتعين(1) .

* * *

مادة (٢٢٢) :

« الجمع بين النقود وغيرها فى البيع لا يخرج النقود عن كونها صرفا بما يقابلها من الثمن » .

المذكرة الإيضاحية

إذا باع سيفا بمائة وبه حلية قيمتها خمسون وتخلص بلا ضرر ، ونقد من الثمن خمسين فما نقده فهو ثمن الفضة ، سواء سكت ، أو قال خذ هذا من ثمنهما فإن افترقا من غير قبض ، بطل البيع فى الحلية ، إن كانت تخلص بلا ضرر ، وإن لم تخلص بطل البيع فى الحلية والسيف . لأن حصة الحلية يجب قبضها فى المجلس ، ولهذا جعل

(1) ابن عابدين جـ ٤ ص٣٢٧ طبعة أخرى جـ٤ ص٢٤٦ ، ومجمع الأنهر جـ٢ ص ١١٧ .

المنقود حصة لما لأن الظاهر من حال المسلم ألا يترك الواجب فيحمل عليه ، وإن لم يبينه أو ينوه .

وإذا قال خذ هذا من ثمنهما فالأمر كذلك لأن معنى هذا خذ بعضاً من ثمن مجموعهما ، وثمن الحلية بعض ثمن المجموع فيحمل عليه طلباً للجواز ، أو يكون من قبيل ذكر الاثنين وإرادة الواحد ، لقوله تعالى : «يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان» وكذلك إذا قال خذ هذا من ثمن السيف كان عن الحلية ، وجاز البيع لأن السيف اسم للحلية أيضاً . أما لو قال خذ هذا من ثمن السيف خاصة وقال الآخر « نعم» «أولا» وتفرقا على ذلك انتقض البيع فى الحلية لأنه لامجال بعد قوله خاصة . لأنه هو المملك فالقول له فى بيان جهته .

وإذا افترق المتعاقدان من غير قبض صح البيع فى السيف إن كانت الحلية تخلص منه بلا ضرر ، لأنه أمكن إفراده بالبيع ، وإن لم تخلص الحلية إلا بضرر بطل البيع فيهما . أما فى الحلية فلأن حصة الصرف يجب قبضها قبل الافتراق ، وأما فى السيف فلتعذر تسليمه بدون الضرر كالجذع فى السقف .

والأصل فى ذلك أنه متى بيع نقد مع غيره كمفضض ومزركش بنقد من جنسه شرط زيادة الثمن فلو مثله أو أقل أو جهل بطل .

ولو بيع بنقد من غير جنسه شرط التقابض فقط ، ولا يشترط تحقق زيادة الثمن لقوله عليه السلام : « إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم »(١) .

---

(١) ابن عابدين ص ٢٢٩ ، ٢٣٠ ج ٤ ، ومجمع الأنهر ص ١١٧ ، ١١٨ ج ٢ .

مادة (٢٢٣) :

« إذا باع مصوغاً بجنسه أو بغير جنسه وقبض بعض الثمن ثم انفض المجلس صح البيع فيما قبض وبطل فيما لم يقبض وأصبحا شركاء فى المبيع » .

المذكرة الإيضاحية

لم يصح الصرف فيما لم يقبض لأن الفساد لايشيع فى الكل لأنه طارىء بعد صحة العقد فى الكل ، وليس لأى منهما الخيار ، لأن عيب الشركة جاء بفعلهما ، وهو الافتراق بلا قبض(١) .

* * *

مادة (٢٢٤) :

« إذا استحق بعض بدل الصرف بعد قبض الثمن ، فإن كان لايضره التبعيض أخذ المشترى الباقى بحصته ولاخيار له ، وإن كان يضره التبعيض فإن ثبت الاستحقاق بالبينة كان

---

(١) ابن عابدين ص٢٤٨ جـ ٤ وفتح القدير

المشترى بالخيار بين أخذ ما بقى بحصته من الثمن أو رده ، وإن كان بالإقرار فلا خيار له وأصبحا شركاء فى المبيع .

المذكرة الإيضاحية

إذا استحق بعض بدل الصرف بعد قبض كل الثمن ، فإما أن يكون المبيع مما يضره التبعيض أو لا يضره فإن كان لا يضره التبعيض كالدراهم والدنانير والسبيكة ، فإن المشترى يأخذ الباقى بحصته من الثمن ولا خيار له .

وإن كان يضره التبعيض كالمصوغ ، فإن ثبت الاستحقاق بالبينة كان المشترى بالخيار بين أخذ ما بقى بحصته من الثمن أو رده . وذلك لأن عيب الاشتراك حدث بغير صنعه لأن الاستحقاق كان موجوداً عند البائع مقارناً للعقد .

أما إذا استحق بعض المصوغ فأقر المشترى بهذا الاستحقاق ، فإن المشترى لا يخير ، لأن الشركة ثبتت بصنعه[1] .

* * *

---

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٣٣٠ ، ٣٣١

مادة (٢٥٥) :

« إذا أجاز المستحق الصرف قبل فسخ الحاكم العقد جاز العقد إذا كان مجلس العقد قائما ، وكان الثمن للمستحق يأخذه البائع من المشترى ، ويسلمه له » .

المذكرة الإيضاحية

إذا أجاز المستحق الصرف قبل حكم الحاكم بفسخ العقد جاز العقد ، وكان الثمن للمستحق يأخذه البائع من المشترى ويسلمه للمستحق لأن البائع كان فضولياً فى بيع مااستحقه المستحق وتوقف على إجازته قبل الفسخ فاذا أجاز نفذ العقد ، وكان الثمن له ، وهذا إذا لم يفترق البائع والمشترى من مجلس العقد قبل الإجازة ، حتى لو افترق العاقدان قبل إجازة المستحق بطل العقد ، وإن فارقه المستحق قبل الإجازة والمتعاقدان باقيان فى المجلس صح العقد .

وتعتبر الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ، فيصير هذا الفضولى بعد الإجازة كأنه كان وكيلا بالبيع قبلها فإن حصل التقابض بينه وبين المشترى قبل الافتراق نفذ العقد بالإجازة اللاحقة ، وإن افترقا قبل التقابض لاينفذ العقد بها لأنه لو كان وكيلا حقيقة قبل العقد يفسد بالافتراق بلا قبض ، فكيف إذا صار وكيلا بالإجازة اللاحقة

ثم إذا حصل التقابض قبل الافتراق والإجازة ثم اجاز نفذ العقد ، وإن افترقا بعد ، أما إذا أجاز قبل الافتراق والتقابض فلا بد من التقابض بعدها قبل الافتراق لفساد العقد بالافتراق بدون تقابض ، وإن أجاز قبله(١) .

* * *

مادة (٢٢٦) :

« إذا اشتملت الصفقة على أجناس مختلفة ، وكان فى صرف الجنس إلى الجنس فساد المبادلة ، صرف كل جنس إلى خلاف جنسه تصحيحاً لها » .

المذكرة الإيضاحية

إذا باع الدرهمين والدينار بالدينارين والدرهم يصرف فيه كل جنس إلى غير جنسه تصحيحاً للعقد ، وكذلك بيع الأحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار ، تجعل العشرة بمثلها والدينار بدرهم تصحيحاً للعقد ، وبيع الدرهم الصحيح والدرهمين الغلة ، بدرهمين صحيحين ودرهم غلة صحيح للتساوى فى الوزن وسقوط اعتبار الجودة « والدرهم الغلة مايرده بيت المال ويقبله التجار » وفيه خلاف زفر والأئمة الثلاثة(٢) .

---

(١) ابن عابدين ص ٢٤٨ ، ٢٤٩ ج٤ ، ص ٣٣٠ ، ٣٣١ طبعة أخرى.
(٢) ابن عابدين ص ٣٣١ ج٤ ، ومجمع الأنهر ص ١١٩ ج ٢ .

مادة (٢٢٧) :

إذا بيع النقد بالدين :

(ا) فإن كان الدين سابقاً وأضاف العقد إليه جاز البيع ووقعت المقاصة .

(ب) وإن كان مقارنا ولم يضف العقد إليه فإن تقابضا جاز ووقعت المقاصة ، وإن لم يتقابضا لم تقع إلا بتراضيهما .

(ج) وإن كان الدين لاحقا قبل الافتراق من المجلس . فإن كان سببه قرضاً أو غصباً وقعت المقاصة ، وإن كان سببه الشراء لم تقع إلا بتراضيهما .

المذكرة الإيضاحية

اذا بيع النقد بالدين فإما أن يكون الدين سابقا أو مقارنا أو لاحقا . فإن كان سابقا وقد أضاف إليه العقد كما إذا كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذى عليه العشرة دينارا بالعشرة الذى عليه فإنه يجوز بلا خلاف وسقطت العشرة عن ذمة من هو عليه ، لأنه

ملكها بدلا عن الدينار ، وغاية ما فيه أن هذا عقد صرف ، وفى الصرف يشترط قبض أحد العوضين احترازا عن الكالىء بالكالىء ، ويشترط قبض الآخر احترازا عن الربا ، وذلك لأن بقبض أحد البدلين حصل الأمن عن خطر الهلاك ، فلو لم يقبض الآخر كان فيه خطر الهلاك لأن الدين فى معنى التاوى فيلزم الربا . وهذا معدوم فيما نحن فيه لأن الدينار نقد وبدله وهو العشرة سقط عن بائع الدينار ، حيث سلم له فلم يبق له خطر الهلاك ، وحاصله أن تعيين أحد البدلين بعد قبض الآخر للاحتراز عن الربا ولا ربا فى دين يسقط وإنما هو فى دين يقع الخطر فى عاقبته .

وإن كان مقارنا بأن أطلق العقد ولم يضف إلى العشرة التى عليه ودفع الدينار فإما أن يتقابضا أولا ، فإن لم يتقابضا لم تقع المقاصة ما لم يتقاصا بالإجماع ، وإن تقابضا جاز ووقعت المقاصة استحساناً ، والقياس ينفيه ، وبه قال زفر رحمه الله لأنه استبدل ببدل الصرف وهو لا يجوز .

وإن كان لاحقاً قبل الافتراق بأن اشترى دينارا بعشرة دراهم وقبض الدينار ، ثم ان مشترى الدينار باع ثوبا من بائع الدينار بعشرة دراهم ثم أراد أن يتقاصا ففيه روايتان . تقع المقاصة وقيل لا تقع(١) .

---

(١) فتح القدير « العناية » ص ٣٧٩ ، ٣٨٠ ، ٣٨١ جـ ٥

مادة (٢٢٨) :

« يعتبر فى حكم الذهب والفضة ماغلب ذهبه وفضته ولايعتبر فى حكمها ماغلب غشه أوساوى غشه فضته وذهبه .

المذكرة الإيضاحية

إذا خلط الذهب والفضة بمادة أخرى فإما أن يكون الغالب هو الذهب والفضة أو أن يكون الغالب هو المادة المخلوطة أو يتساويان .

وتفصيل ذلك كما يلى :

(ا) ما غلب فيه الذهب والفضة : الأصل أن النقود لا تخلو عن قليل الغش خلقة كما فى الردىء ، أو عادة كأن يضاف إليها بعض المواد اللازمة للانطباع أو الصياغة حتى لا تنفتت ، فإذا كان كذلك فإنه يعتبر الحكم للغالب لأن المغلوب كالمستهلك فإذا كان الغالب على الدراهم والدنانير الفضة والذهب فهما كالذهب الخالص والفضة الخالصة يعتبر فيهما ما يعتبر فى غير المخلوط ، فيحرم التفاضل ، فلا يجوز بيع الخالص منهما بهذه الدراهم المخلوطة ولا بيع بعضها ببعض ولا الاستقراض بها إلا متساويا فى الوزن(١) .

---

(١) ابن عابدين ص ٢٣٢ ، ٢٣٣ جـ ٤

(ب) ما غلب فيه الغش : وإذا كان الغالب فى النقود الغش فليسا فى حكم الدراهم والدنانير الخالصة اعتبارا للغالب ، فإن اشترى بها فضة خالصة فإن كانت الفضة الخالصة مثل تلك الفضة التى فى الدراهم المغشوشة أو أقل أو لا يدرى فالبيع فاسد ، وإن كانت أكثر صح البيع : وحكمها فى هذا ما سبق أن نصت عليه المادة الخامسة : وإن بيعت بجنسها متفاضلا جاز ، صرفا للجنس إلى خلاف الجنس ، وهى فى حكم شيئين فضة ونحاس ولكنه صرف حتى يشترط التقابض قبل الافتراق فى المجلس لوجود الفضة من الجانبين ، وإذا شرط القبض فى الفضة يشترط فى النحاس لأنه لا يتميز عنه إلا بضرر.

(ح) المتساوى غشه وفضته وذهبه : يعتبر حكمه فى الصرف حكم ما غلب غشه فضته وذهبه . أى أنه إذا بيعت بجنسها يصرف الجنس إلى خلاف جنسه ، فيجوز التفاضل : ولكن قال الزيلعى وفى الخانية إن كانت نصفها نحاساً ونصفها فضة لا يجوز التفاضل ، ووجهه أن فضتها لما لم تصر مغلوبة جعلت كأنها كلها فضة فى حق الصرف احتياطا(١).

* * *

مادة (٢٢٩) :

« المعتبر فى التعامل بالنقود التى غلب غشها من حيث كونها موزونة أو معدودة ما اعتاده الناس .

---

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٢٣٢ ، ٢٣٣

المـــذكـرة الإيضـاحيـة

إن كانت الدراهم التى غلب غشها تروج بالوزن كان التبايع والاستقراض فيها بالوزن، وإن كانت تروج بالعد كان التبايع بالعد بهما فبكل واحد منهما لأن المعتبر هو المعتاد فيهما حيث لا يوجد نص.[1]

* * *

مادة (٢٣٠) :

« النقود التى غلب غشها إن راجت كانت أثمانا ، وإن لم ترج كانت سلعة ، وإن قبلها البعض دون البعض كانت كالزيوف يتعلق العقد بجنسها زيفا إن علم البائع بحالها وإن لم يعلم فبجنسها جيداً »

المـــذكـرة الإيضـاحيـة

النقود التى غلب غشها ما دامت تروج تكون أثمانا لا تتعين بالتعيين فاذا هلكت قبل التسليم لا يبطل العقد بينهما ويجب عليه مثله أو مثلها ، وإن كانت لا تروج فهى سلعة تتعين بالتعيين ويبطل العقد

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٢٠١

بهلاكها قبل التسليم وإذا كانت يتقبلها البعض دون البعض فهى كالزيوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفا ، ان كان البائع يعلم بحالها لتحقق الرضى منه ، وبجنسها من الجياد ان كان لا يعلم لعدم الرضى منه .(١)

***

القرض

مادة (٢٣١) :

(١) القرض عقد يرد على دفع مال مثلى لآخر ليرد مثله .

(ب) ينعقد بلفظ القرض وما يفيد معناه .

المــذكـرة الإيضـاحيـة

القرض لغة : ما تعطيه لتتقاضاه .

وشرعا : ما تعطيه من مثلى لتتقاضاه .

والتعريف المختار فى المادة مأخوذ من تعريف « التنوير » .

والمثلى : مالا تتفاوت آحاده تفاوتا تختلف به القيمة ، فهو كل

---

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٢٥١

ما يضمن بالمثل عند الاستهلاك مثل المكيل والموزون والمعدود . المتقارب كالجوز والبيض وهو « قيد » خرج به « القيمى »

والتقييد بـ « لآخر ليرد مثله » ليخرج به الوديعة والهبة ونحوهما كالعارية والصدقة ، لأنه يجب رد عين الوديعة والعارية ، ولا يجب رد شيء فى الهبة والصدقة .

فالقرض يصح فى المثلى ، لا فى غيره من القيميات كحيوان ، وحطب ، وعقار ، وكل متفاوت ، لتعذر رد المثل ، لأن القرض اعارة ابتداء حتى صح بلفظها معاوضة انتهاء ، لأنه لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاك عينه ، فيستلزم ايجاب المثل فى الذمة ، وهذا لا يتأتى فى غير المثلى .

قال فى البحر : ولا يجوز فى غير المثلى ، لأنه لا يجب دينا فى الذمة .

وينعقد بلفظ القرض وما يفيد معناه كالدين ، وكقوله : أعطنى درهما لأرد عليك مثله ، وفى الهداية أنه يصح بلفظ الإعارة(١) .

* * *

مادة (٢٣٢) :

يملك المستقرض القرض بمجرد القبض .

---

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص١٧٩، ١٨٠ .

المذكرة الإيضاحية

يملك المستقرض القرض بنفس القبض عند أبي حنيفة ومحمد ، فله رد المثل ، فلو استقرض أردب قمح مثلا وقبضه ، فله حبسه ورد مثله ، وإن طلب المقرض رد العين ، لأنه خرج عن ملك المقرض ، وثبت له في ذمة المستقرض مثله لاعينه ولو كان قائماً ، وذلك بناء على انعقاده بلفظ القرض .

وعند أبي يوسف لا يملك المستقرض القرض مادام قائماً . وإنما يملكه إذا استهلكه(١) .

* * *

مادة (٢٣٣) :

إذا اقترن القرض بشرط يلغو الشرط ، وصح القرض ، ولزم المقترض رد مثل ماقبضه .

المذكرة الإيضاحية

القرض لايتعلق بالجائز من الشروط ، فالفاسد منها لا يبطله

---

(١) ابن عابدين جـ٤ ص ١٨١ .

ولكنه يلغو كشرط رد شيء آخر ، فلو استقرض « مثلا .. الدراهم المكسورة على أن يؤدى صحيحاً كان باطلا ، وكذا لو أقرضه طعاماً بشرط رده فى مكان آخر ، وكان عليه مثل ماقبض ، فإن قضاه أجود بلا شرط جاز .

وفى الخلاصة : القرض بالشرط حرام والشرط لغو ، بأن يقرض على أن يكتب به إلى بلد كذا ليوفى دينه .

وفى الأشباه : كل قرض جر نفعا حرام . أى إذا كان مشروطا.

وفى الذخيرة : وإن لم يكن النفع مشروطا فى القرض فعلى قول الكرخى لابأس به[1] .

* * *

مادة (٢٣٤) :

« لا يلزم تأجيل القرض إن اشترط ذلك فى العقد ، وللمقرض استرداده قبل حلول الأجل .

المذكرة الإيضاحية

قال فى الهداية : فان تأجيله لايصح لأنه إعارة وصلة فى الابتداء ،

---

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ١٨٢ .

حتى يصح بلفظ الإعارة ولا يملكه من لايملك التبرع كالوصى والصبى، ومعاوضة فى الانتهاء .

فعلى اعتبار الابتداء ، لايلزم التأجيل فيه كما فى الإعارة ، إذ لاجبر فى التبرع .

وعلى اعتبار الانتهاء ، لايصح ، لأنه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربا ولا يلزم تأجيل القرض إلا فى أربع مسائل :

(ا) إذا كان القرض مجحوداً مثل أن يقول المستقرض للمقرض سراً : لا أقر لك حتى تؤجله أو حكم مالكى بلزومه بعد ثبوت أصل الدين عنده،لانه عنده لازم،وقيد به لأن الأرجح أن حكم الحنفى بخلاف مذهبه لاينفذ،وقيد بكونه بعد ثبوت أصل الدين عنده ، لأنه لو لم يكن ثابتا لايصح حكمه بلزوم تأجيله ، ولأن المجحود لايتوقف تاجيله على حكم مالكى .

(ب) إذا أحال المستقرض المقرض على آخر فيؤجل المقرض ذلك الرجل المحال عليه فيلزم .

(حـ) إذا أحال المستقرض المقرض على مديون مؤجل دينه ، لأن بالحوالة تبرأ ذمة المحيل ، ويثبت بها للمحال (المقرض) دين على المحال عليه بحكم الحوالة ، فهو فى الحقيقة تأجيل دين لاقرض .

(ء) الوصية . . كأن يوصى بأن يقرض شخصا من ماله قدراً من المال الى سنة ، فيلزم من ثلثه،ويساح فيها نظراً للموصى،أو أوصى بتأجيل قرضه الذى على فلان سنة فيصح ويلزم .

والحاصل أن تأجيل الدين على ثلاثة أوجه :

١ — باطل : فى بدلى صرف وسلم .

٢ — صحيح غير لازم : فى قرض وإقالة وشفيع ودين ميت .

٣ — لازم : فيما عدا ذلك[1] .

* * *

مادة (٢٣٥) :

إذا كان القرض نقوداً ثم بطل التعامل بها ، أو اختلف سعرها ، فعلى المقترض قيمتها يوم قبضها فى بلد القرض .

المذكرة الإيضاحية

إذا استقرض من الفلوس الرائجة والعدالى فكسدت .

قال أبو حنيفة : عليه مثلها لا قيمتها ، لأنه مضمون بمثله فلا عبرة بغلائه ورخصه .

وقال أبو يوسف : عليه قيمتها يوم القبض (وهو المنصوص عليه فى المادة) .

وقال محمد : عليه قيمتها فى آخر يوم رواجها .

---

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٧٧ ، ١٧٨ .

فالصاحبان اتفقا على وجوب رد القيمة دون المثل ، لأنه لما بطل وصف الثمنية بالكساد ، تعذر رد عينها كما قبضها فيجب رد قيمتها .

لكنهما اختلفا فى وقت الضمان ، قال فى صرف الفتح : وأصله اختلافهما فيمن غصب مثلياً فانقطع ، فعند أبى يوسف تجب قيمته يوم الغصب ، وعند محمد يوم القضاء .

وقولهما أنظر للمقرض من قول الإمام ، لأن فى رد المثل إضرارا به ثم قول أبى يوسف أنظر له أيضاً ، لأن قيمته يوم القرض أكثر من يوم الانقطاع وهو أيسر أيضاً، فإن ضبط وقت الانقطاع عسر[1] .

* * *

مادة (٢٣٦) :

إذا انقطع المثلى يجبر المقرض على انتظار تواجده ، إلا إذا تراضيا على القيمة .

المذكرة الإيضاحية

إذا استقرض شيئاً مما هو كيلى أو وزنى ثم انقطع عن أيدى الناس قبل أن يرده إلى المقرض .

---

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٨٠ .

فعند أبي حنيفة : يجبر المقرض على التأخير إلى إدراك الجديد ، ليصل إلى عين حقه لأن الانقطاع بمنزلة الهلاك ، ومن مذهبه أن الحق لاينقطع عن العين بالهلاك .

وقال أبو يوسف : هذا لايشبه كساد الفلوس ، لأن هذا مما يوجد فيجبر المقرض على التأخير .

إلا أن يتراضيا على القيمة لعدم وجوده . وهذا فى الوجه كما لو التقيا فى بلد الطعام فيه غال فليس له حبسه ، ويوثق له بكفيل حتى يعطيه إياه فى بلده[1] .

* * *

المادة (٢٣٧) :

إذا أقرض صبياً محجوراً عليه أو أقرض معتوهاً شيئاً فاستهلكه فعليه ضمانه .

المذكرة الإيضاحية

إذا أقرض صبياً محجوراً عليه ، فاستهلك الصبي مااقترضه .

فعند أبي حنيفة ومحمد لايضمن .

---

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ١٨١ .

وقال أبو يوسف عليه الضمان وهو الصحيح .

وقيد « بالمحجور » لأنه لو كان مأذوناً فهو كالبالغ ، وقيد « بالاستهلاك » لأنه لو بقيت العين ، فللمالك أن يسترده ، ولو تلف بنفسه لا يضمن اتفاقاً (جامع الفصولين) ويأخذ البيع والوديعة حكم الاستهلاك .

وحكم المعتوه فى هذا حكم الصبى المحجور عليه[1] .

* * *

مادة (٢٣٨) :

« يصح التوكيل بقبض القرض دون الاستقراض ، وتصح الرسالة فيهما .

المذكرة الإيضاحية

فى جامع الفصولين : بعث رجلا ليستقرضه ، فأقرضه ، فضاع فى يده ، فلو قال : أقرض المرسل ضمن مرسله ، ولو قال : أقرضنى للمرسل ضمن رسوله .

---

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ١٨٢ .

والحاصل : أن التوكيل بالإقراض جائز لا بالاستقراض، والرسالة بالاستقراض تجوز .

ولو أخرج وكيل الاستقراض كلامه مخرج الرسالة يقع القرض للآمر ، ولو مخرج الوكالة ، بأن أضاف إلى نفسه ، يقع للوكيل ، وله منعه عن آمره .

وقالوا : إنما لم يصح التوكيل بالاستقراض، لأنه توكيل بالتكدى (بالشحاذة) وهو لا يصح(١) .

* * *

مادة (٢٣٩) :

يصح استقراض المعدود أو الموزون أو المكيل حسب ما جرى به العرف عدا أو وزنا أو كيلا .

المذكرة الإيضاحية

البيض والجوز والكاغد يصح استقراضه عداً ، واللحم وزناً . ويستقرض الخبز وزناً وعدداً عند محمد ، وعليه الفتوى (ابن ملك) واستحسنه الكمال، واختاره المصنف تيسيراً للناس ، وفى التتارخانية ،

---

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ١٨٣

قال أبو حنيفة : لايجوز قرضه ولا استقراضه لاعدداً ولا وزناً وفى رواية عن أبى يوسف مثله ، وقوله المعروف : أنه لابأس به ، وعليه أفعال الناس جارية ، والفتوى على قول محمد . اهـ

ونقل فى الهندية عن الخانية والظهيرية والكافى : أن الفتوى على جواز استقراضه وزناً لاعدداً ، وهو قول أبى يوسف .

ويستقرض العجين وزنا وهو المختار (مختار الفتاوى) واحترز بالوزن عن المجازفة فلا يجوز (بحر . ط)

وينبغى جواز الاستقراض فى الخميرة بلا وزن . سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم ، عن خميرة يتعاطاها الجيران ، أيكون ربا ؟ فقال مارآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ، وما رآه المسلمون قبيحا ، فهو عند الله قبيح(١) .

* * *

---

(١) ابن عابدين جـ ٤ ص ١٨٣

تصويب خطأ مشروع تقنين المذهب الحنفى

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
١٧	٢٠	هذه	هذا
١٨	١	عامل	عام
٤٧	٩	اليمن	الثمن
٥١	٢	المواد	المراد
٥٥	١٠	المافي	النافى
٦٧	١٥	للخوار	للجواز
٦٩	١٥	بسيء	بشيء
٧٣	١٠	المثلى	المثلى
٨١	١٦	للنبي	النبي
١٠٠	١٠	الاحازة	لإجاره
١٠٢	١١	موزرنا	موزونا
١٠٣	١	عنـا	ثمنا
١٠٣	٤	زرعه	ذرعه
١٠٤	١٢	مايلنحق بأصل بالعقد	ما يلتحق بأصل العقد
١٠٥	١٦	القد	العقد
١١٢	١٨	الثمان	الثمنان
١١٣	١٤	غضب	غصب
١١٦	٦	للشترى	المشرى
١١٨	٣	البائع	للبائع
١١٨	٦	إذا جاز	إذا أجاز
١٣٣	٦	الغبن	الغبن
١٦٤	٣	ف لمشترى	فالمشترى
١٦٥	٢	مرجع	يرجع
١٦٥	٩	فركهما	فركبها
١٦٦	٥	بالقلة	بالغله

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
١٦٦	١٤	وحدة	وحده
١٦٩	١	وجدوا	وجد
١٧٠	١٢	فإذ اتم	فاوذا تم
١٧١	٩	بر ل	بحال
١٧٣	١١	مشريه	بمشريه
١٧٤	١٠	اشتراء	اشتراه
١٧٦	٧	النتاج لحد لدابة به مثلا	النتاج لدابة مثلا
١٧٦	٨	ربيع	بيع
١٨٢	١	لغما	لغن
١٩٠	٨	يكون مال	يكون مالا
١٩١	١١	مر طلا	مماطلا
٢٠٣	١	الساعمان	الساثمحانى
٢١٦	٧	قيضه	قبضه
٢١٩	٦	الفضولين	الفصولين
٢٢٥	٢٥	لم يحز	لم يجز
٢٣٤	٩	وإن بعلمه	وإن لم يعلمه
٢٣٨	١٤ حاشية	ولذر المختار	والدر المختار
٢٤٠	٢	المزباء	الذرماء
٢٤٧	٢	المنة ل	المنقول
٢٥٤	١٢	للجزه	للجزء
٢٥٧	٥	بما	فيما
٢٥٧	٦	تقاهل	تقابل
٢٦٨	٢	الغبون	المغبون
٢٧٠	٢	الإحرار	الاحتراز
٢٧١	٧	المنع	الملح
٢٧٤	٧	حسنا	حسن
٣٠٦	٤	الهلال	الهلاك

فهرس

مشروع تقنين المذهب الحنفى

الموضوع	الصفحة

مطابع
الشركة المصرية للطباعة والنشر
بالقاهرة

رقم الايداع بدار الكتب ١٩٧٢/٣٦٧٢